

# VU Research Portal

## **Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing: theorie en praktijk**

van Veen, W.J.M.

### ***published in***

Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en splitsing: vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaalrecht  
2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

van Veen, W. J. M. (2013). Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing: theorie en praktijk. In *Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en splitsing: vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaalrecht* (pp. 11-49). (ZIFO-reeks; No. 10). Kluwer.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

**Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing**

*Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht*



Grensoverschrijdende  
omzetting, -fusie en -splitsing  
Vrijheid van vestiging,  
vennootschapsrecht en fiscaal recht

*met bijdragen van:*

prof. mr. W.J.M. van Veen

mr. P.C.S. van der Bijl

prof. mr. J.W. Bellingwout

prof. mr. F.P.G. Pötgens

Ontwerp omslag H2R Vormgeving & Communicatie

ISBN 978 90 13 11887 2  
NUR 827-715

© 2013 Kluwer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden veelelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reporrecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl).

## Inhoudsopgave

<b>Introductie</b>	9
<i>Prof. mr. W.J.M. van Veen</i>	
<b>Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing: theorie en praktijk</b>	11
<i>Prof. mr. W.J.M. van Veen</i>	
1. Inleiding	11
2. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting: jurisprudentie voorafgaand aan het VALE-arrest	12
3. Het VALE-arrest	16
4. Omzetting en vestigingsvrijheid	18
4.1. 'Omzetting' en de vrijheid tot het bepalen van de aanknopingsfactoren	18
4.2. Het begrip 'omzetting'	20
4.3. Omzetting en 'vestiging'	22
4.4. De 'mislukte' omzetting	24
5. Grensoverschrijdende herstructurerings: het Unierecht en de Nederlandse restricties	26
6. Grensoverschrijdende omzettingen (in de Nederlandsrechtelijke betekenis)	27
6.1. Mogelijkheden en beperkingen	27
6.2. Procedure en voorschriften bij grensoverschrijdende omzetting	31
6.2.1. Volgtijdelijke toepassing van de betrokken rechtstelsels	31
6.2.2. De inbound omzetting vanuit Nederlands perspectief	32
6.2.3. De procedure bij een outbound omzetting vanuit Nederlands perspectief: een proeve	33
6.2.3.1. Vereisten vooraf; attest deskundige	33
6.2.3.2. Omzettingsvoorstel en toelichting	34
6.2.3.3. Deponering en aankondiging	35
6.2.3.4. Verzetstermijn; akte van non-verzet	36
6.2.3.5. Goedkeuring omzetting; statutenwijziging	37
6.2.3.6. Van kracht worden omzetting; attest; uitschrijving Handelsregister	38

7.	Grensoverschrijdende fusies volgens Boek 2 BW	39
7.1.	Geografische reikwijdte	39
7.2.	Toegelaten fusievarianten	40
7.3.	Grensoverschrijdende fusie van andere dan kapitaalvennootschappen: het begrip ‘vennootschap’	43
8.	Grensoverschrijdende splitsingen	45
8.1.	Mogelijkheden tot grensoverschrijdende splitsing	45
8.2.	Procedure en voorschriften	47
9.	Afronding	48
	<b>Vennootschapsrechtelijke wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings; wenselijke ontwikkelingen</b>	<b>50</b>
	<i>mr. P.C.S. van der Bijl</i>	
1.	Inleiding	50
2.	Wat hebben we?	51
2.1.	(Rijks)wetten inzake zetelverplaatsing	51
2.2.	De (uitvoeringswetten van) Europese Verordeningen	51
2.3.	Grensoverschrijdende fusie en omzetting	53
3.	Werkt het?	54
4.	Wat moet er anders?	54
4.1.	Verschrijvingen	54
4.2.	Aankondiging van een grensoverschrijdende fusie	55
4.3.	Het bieden van vervanging voor een pandrecht of vruchtgebruik bij grensoverschrijdende fusie	55
4.4.	Het uittreedrecht bij grensoverschrijdende fusie	58
4.4.1.	Algemeen	58
4.4.2.	Aandeelhouders zonder stemrecht	58
4.4.3.	Pandhouders en vruchtgebruikers met stemrecht	60
4.4.4.	De inbrengverklaring	61
4.4.5.	Toepassing bij een SE-fusie	62
4.5.	De afbreukregeling bij grensoverschrijdende omzetting	63
4.6.	Het uittreedrecht bij grensoverschrijdende omzetting	64
4.7.	Beklemd vermogen bij grensoverschrijdende omzetting	65
5.	Wat ontbreekt er?	66
5.1.	Grensoverschrijdende omzetting en splitsing	66
5.2.	De reikwijdte van regelingen inzake grensoverschrijdende mobiliteit	67
6.	Wat kunnen we verwachten?	68
7.	Conclusie	69
	<b>Het arrest ‘National Grid Indus’</b>	<b>70</b>
	<i>Prof. mr. J.W. Bellingwout</i>	
1.	Inleiding	70
2.	Het arrest National Grid Indus	73

2.1. Casus en geschil	73
2.2. Aan NGI voorafgaande jurisprudentie HvJ inzake exit tax (inkomstenbelasting)	74
2.3. De eindafrekening in de vennootschapsbelasting waarmee NGI werd geconfronteerd	77
2.4. De prejudiciële vragen	78
2.5. De uitspraak van het HvJ	79
3. Uitgeleide	85
<b>Wet uitstel van betaling exitheffingen; een gemiste kans?</b>	<b>87</b>
<i>Prof. mr. F.P.G. Pötgens</i>	
1. Inleiding	87
2. De Wet uitstel van betaling exitheffingen	88
2.1. Algemeen	88
2.2. Uitstel van belastingheffing tot realisatie (art. 25a, lid 1, Inv. Wet)	89
2.3. Beëindiging uitstel van betaling (art. 25a, lid 2, Inv. Wet)	114
2.4. Betaling in 10 termijnen (art. 25a, lid 3, Inv. Wet)	115
3. Alternatieven	116
3.1. Algemeen	116
3.2. Criteria voor goede wetgeving	117
3.3. Een aantal varianten	119
4. Conclusie	119





## Introductie

*Prof. mr. W.J.M. van Veen*

Op 21 maart 2013 organiseerde het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) een debaťmiddag over de mogelijkheden tot en belemmeringen bij grensoverschrijdende herstructureringen. De in deze uitgave opgenomen beschouwingen vormen de neerslag van de inleidingen en debatten die op de VU hebben plaatsgevonden naar aanleiding van inleidingen van – in volgorde van optreden - prof. mr. W.J.M. van Veen hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Amsterdam, mr. P.C.S. van der Bijl, kandidaat-notaris bij NautaDutilh Amsterdam, prof. mr. J.W. Bellingwout, hoogleraar Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, en prof. mr. F.P.G. Pötgens, hoogleraar Internationaal en Europees Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

De bijdragen van Van Veen en Van der Bijl hebben betrekking op de vennootschapsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdende herstructureringen. Van Veen behandelt in zijn bijdrage de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over de vrijheid van vestiging in relatie tot de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting, -fusie en splitsing. Hij concludeert onder meer dat het Europese Hof de wetgever heeft ingehaald. In zijn beschouwing gaat hij ook in op de praktische aspecten van de uitvoering van niet-wettelijke geregelde vormen van herstructureringen. Van der Bijl analyseert in zijn bijdrage de beschikbare wettelijke regelingen. Hij toont in zijn bijdrage aan dat de bestaande wetgeving en het voorontwerp voor een regeling voor grensoverschrijdende omzetting op tal van punten lacuneus en niet goed doordacht is. Hij komt tot aanbevelingen om de wetgeving op het punt van grensoverschrijdende herstructureringen te verbeteren.

De bijdragen van Bellingwout en Pötgens hebben betrekking op de fiscaalrechtelijke aspecten die spelen bij grensoverschrijdende herstructureringen. Bellingwout behandelt de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie over de vrijheid van vestiging in relatie tot fiscaalrechtelijke belemmeringen bij grensoverschrijdende herstructureringen. Uit zijn beschouwingen blijkt dat het arrest inzake National Grid Indus gezien eerdere jurisprudentie van het Hof teleurstellend kan worden genoemd. Desondanks biedt het arrest naar zijn mening ook mogelijkheden. Pötgens, sluit de rij met een bespreking van de Wet uitstel van betaling van exitheffingen dat naar aanleiding van het arrest National Grid Indus tot stand is gekomen. Zijn bijdrage behelst een grondige en kritische analyse van de verschillende elementen van de regeling. Met het oog op het bevorderen van het

vestigingsklimaat in Nederland concludeert hij dat de Wet uitstel van betaling van exitheffingen heroverweging verdient en doet hij concrete aanbevelingen voor de kenmerken die een nationale exitheffing zou moeten hebben.

Alle auteurs zijn werkzaam in de internationale rechtspraak. Dit komt tot uitdrukking in hun bijdragen. Deze bevatten een gedegen analyse van jurisprudentie en wetgeving, gevolgd door concrete aanbevelingen tot verbetering van de wetgeving. De in deze uitgave gebundelde bijdragen zijn daarom niet alleen vanuit wetenschappelijk oogpunt van belang, maar bevatten ook voor de praktijk en de wetgever interessante en nuttige beschouwingen.

Wij bevelen u de verschillende bijdragen van harte ter lezing aan.

# Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing: theorie en praktijk

Prof. mr. W.J.M. van Veen\*

## 1. Inleiding

De vraag of en in hoeverre het recht op vrije vestiging ex art. 49 VWEU de lidstaten toestaat grensoverschrijdende herstructurerings- en zetelverplaatsingen binnen de EU te verhinderen of belemmeren, is in verschillende arresten van het Europese Hof van Justitie van de Europese Unie, hierna aangeduid als het Hof, aan de orde geweest. Kernarresten zijn zonder twijfel de arresten inzake *Daily Mail*,<sup>1</sup> *Überseering*,<sup>2</sup> *Sevic*,<sup>3</sup> *Cartesio*,<sup>4</sup> *National Grid Indus*,<sup>5</sup> en voorlopig als laatste het arrest inzake *VALE Építési kft.*<sup>6</sup> In de jurisprudentie van het Hof kan op dit punt een onderscheid worden gemaakt tussen uitspraken die zich richten tot de lidstaat waaronder de desbetreffende vennootschap ressorteert, hierna aangeduid als de lidstaat van oorsprong, en de lidstaat waar de desbetreffende vennootschap zich wil vestigen, hierna aangeduid als de lidstaat van ontvangst.<sup>7</sup>

Het belang van het VALE-arrest is vooral gelegen in het feit dat het Hof nadere uitleg geeft aan een bepaalde passage uit het *Cartesio*-arrest. Deze uitleg is primair

---

\* Hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht aan de *Vrije Universiteit Amsterdam*, special counsel Ondernemingsrecht Baker & McKenzie Amsterdam, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO). Een verkorte versie van deze bijdrage is gepubliceerd in WPNR 6981 (2013), p. 512 e.v., met als titel: 'Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het VALE-arrest'.

1 HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87, *Jur.* 1988, p. 5483.

2 HvJEG 5 november 2002, zaak C-208/00, *Jur.* 2002, p. I-9919, *NJ* 2003, 58 m.nt. PV. Zie o.m. S.F.G. Rammeloo, 'HvJ EG 208/00 *Überseering*: de "long and winding road" naar vestigingsvrijheid voor rechtspersonen in de Europese Unie', *WPNR* (2003) 6521, p. 153-154.

3 HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, *Jur.* 2005, p. I-10805, *NJ* 2009, 201. Zie hierover o.m. W.J.M. van Veen, Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie; de fusierichtlijn vóór invoering achterhaald?, *WPNR* 6657 (2006), p. 181-184.

4 HvJ EG 16 december 2008, zaak C-210/06, *Jur.* 2008, p. I-9641, *NJ* 2009, 202 m.nt. P. Vlas. Zie hierover o.m. M. Zilinsky, 'Cartesio: zetelverplaatsing en de vrijheid van vestiging', *WPNR* (2009) 6787, p. 153-154; en W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting volgens het *Cartesio* arrest, *WPNR* 6840/41 (2010), p. 329-332/p. 352-355.

5 HvJ EU 29 november 2011, zaak C-371/10, *NJ* 2012, 72. Zie hierover o.m. M. Zilinsky, 'Zetelverplaatsing binnen de Europese Unie en het *National Grid Indus*-arrest: het *Daily Mail*-arrest achterhaald?', *WPNR* (2012) 6930, p. 359-360.

6 HvJ EU, 12 juli 2012, zaak C-378/10, *NJ* 2012/581. Zie hierover o.m. E.R. Roelofs, 'Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting', *WPNR* (2012) 6950, p. 792-798.

7 Zie nader M. Zilinsky, 'Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen in de Europese Unie: a never ending story?', in: G.F. Boulogne, L.J.A. Pieterse, *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen*, ZIFO reeks 6, Deventer: Kluwer 2012, p. 183-192 en S.F.G. Rammeloo, 'Overdracht van vennootschapszetels in 'Europa'- final call voor 14<sup>e</sup> Richtlijn', in: *Europa! Europa? De invloed van het Europese vennootschaps- en effectenrecht nu en in de toekomst*, Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht' 2012, p. 61-87.

van belang met betrekking tot de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting, maar ook voor andere vormen van grensoverschrijdende herstructureringsvormen zoals de fusie en splitsing. In deze beschouwing komt de vraag aan de orde hoe het VALE-arrest zich verhoudt tot de eerdere jurisprudentie van het Hof en in het verlengde daarvan, welke implicaties de jurisprudentie heeft voor het Nederlandse recht, in het bijzonder in relatie tot de houdbaarheid van de restricties in onze regeling betreffende grensoverschrijdende herstructureringsvormen. In dit verband stel ik eerst kort de jurisprudentie van het Hof voorafgaande aan het VALE-arrest aan de orde (§ 2), gevolgd door een bespreking van dat arrest § 3. In § 4 wordt aan de hand van de begrippen omzetting en oprichting nader ingegaan op het VALE-arrest. De betekenis van de jurisprudentie van het Hof voor de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzetting, fusie en splitsing wordt in algemene zin besproken in § 5, en vervolgens specifiek voor de omzetting, fusie en splitsing in achtereenvolgens de § 6, 7 en 8.

## **2. Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting: jurisprudentie voorafgaand aan het VALE-arrest**

Het eerste arrest dat betrekking heeft op het antwoord op de vraag of de vrijheid van vestiging zover gaat dat daaronder ook de zetelverplaatsing naar een andere lidstaat valt, is het *Daily Mail* arrest. In dit arrest stond de vraag centraal of het recht op vrije vestiging mede ziet op beperkingen die de lidstaat van oorsprong – in casu het Verenigd Koninkrijk – stelt aan de mogelijkheid om de bestuurszetel van de vennootschap te verplaatsen naar een andere lidstaat – in casu Nederland. In deze zaak was niet een wisseling van het op de vennootschap toepasselijke vennootschapsrecht aan de orde. De wens tot verplaatsing van de bestuurszetel had een fiscale achtergrond.

De toepasselijke belastingwetgeving verbood vennootschappen met fiscale vestiging in het Verenigd Koninkrijk deze vestiging zonder toestemming van het Ministerie van Financiën op te geven. Zonder deze toestemming was het kennelijk niet mogelijk de bestuurszetel uit het Verenigd Koninkrijk te verplaatsen met behoud van rechtspersoonlijkheid en de hoedanigheid van vennootschap naar Engels recht.<sup>8</sup> De voorliggende vraag was of deze beperking binnen het bereik van het recht op vrije vestiging viel. Het Hof overwoog in dit arrest ‘dat, anders dan natuurlijke personen, vennootschappen hun bestaan ontleenen aan de wet en wel, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, aan de nationale wet. Zij bestaan enkel krachtens de verschillende nationale wetgevingen, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen.’<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> *Daily Mail*-arrest, r.o. 18.

<sup>9</sup> *Daily Mail*-arrest, r.o. 19. Het betrof hier derhalve wel degelijk een voor het voortbestaan als vennootschap naar het recht van de lidstaat van oorsprong vereist aanknopingspunt. Dat deze is opgenomen in het fiscale recht, doet hier niet aan af. Dat het Hof in dezelfde casus anders zou oordelen na het *Cartesio*-arrest, ligt daarom mijns inziens niet zonder meer voor de hand. Anders G.-J. Vossestein, ‘Grensoverschrijdende zetelverplaatsing en omzetting van vennootschappen’, NTER 2009-5, p. 185 e.v.

Het Hof overwoog in het verlengde hiervan dat het gemeenschapsrecht de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot de vereiste aanknoping en de vraag of, en zo ja hoe, de statutaire zetel of het feitelijke hoofdkantoor van een naar het recht van een lidstaat opgerichte vennootschap, naar een andere lidstaat kan worden verplaatst, beschouwt als vraagstukken waarvoor de regels inzake het recht van vestiging geen oplossing bieden.<sup>10</sup> Het recht op vrije vestiging brengt daarom niet mee, 'dat zij naar het recht van een Lid-Staat opgerichte vennootschappen het recht geven, hun centrale bestuurszetel en hun hoofdbestuur naar een andere Lid-Staat te verplaatsen met behoud van hun hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de eerste Lid-Staat.'<sup>11</sup>

In andere woorden weergegeven, is de redenering aldus dat het nationale recht van de lidstaten bepalend is voor het antwoord op de vraag of sprake is van een vennootschap in de zin van art. 54 VWEU. Slechts indien en voor zover een vennootschap ingevolge het nationale recht bestaat, kan zij een beroep doen op het recht op vrije vestiging. Bepaalt het nationale recht dat een vennootschap niet meer kan bestaan, bijvoorbeeld indien de daarvoor door het nationale recht gestelde vereisten voor aanknoping met zijn grondgebied zijn verbroken, dan brengt dat tevens mee dat de desbetreffende vennootschap zich niet meer kan beroepen op het recht op vrije vestiging. Daarvoor is immers vereist dat zij wordt erkend als een vennootschap naar recht van een lidstaat. Een logisch gevolg hiervan is dat het recht op vrije vestiging zich niet uitstrekt tot nationale regelingen die beperkingen stellen aan de verplaatsing van de zetel met behoud van de hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de lidstaat van oorsprong.

In zijn latere arresten heeft Hof deze lijn vastgehouden en verder uitgewerkt. In het Centros-arrest bepaalde het Hof dat de weigering van de inschrijving in een lidstaat van een filiaal van een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat onverenigbaar is met de vrijheid van vestiging.<sup>12</sup> Hierbij maakt het geen verschil of de desbetreffende vennootschap economische activiteiten ontplooit of beoogt te ontplooiën in de lidstaat van oorsprong. Ook een vennootschap die geen economische banden heeft met de lidstaat van oorsprong, kan een beroep doen op het recht op vrije vestiging. In het arrest inzake Überseering oordeelde het Hof dat de vrijheid van vestiging meebrengt dat de lidstaat van ontvangst niet de erkenning van een rechtsgeldig naar het recht van een andere lidstaat opgerichte vennootschap mag weigeren.<sup>13</sup> Deze regel geldt ongeacht de vraag of deze lidstaat de incorporatieleer huldigt dan wel de leer van de werkelijke zetel.<sup>14</sup>

In deze lijn past ook het National Grid Indus-arrest. In dit arrest verduidelijkt het Hof dat louter fiscale consequenties van het verplaatsen van de bestuurszetel

---

<sup>10</sup> *Daily Mail-arrest*, r.o. 23.

<sup>11</sup> *Daily Mail-arrest*, r.o. 24.

<sup>12</sup> HvJEG 9 maart 1999, zaak C-212/97 (*Centros*), r.o. 30.

<sup>13</sup> *Überseering-arrest*, r.o. 82. De lidstaat van ontvangst mag geen nadere voorwaarden stellen aan een dergelijke vennootschap. Zie in deze zin ook HvJEG 30 december 2003, zaak C-167/01 (*Inspire Art*), r.o. 105. Zie ook P. Vlas in zijn *NJ*-noot onder dit arrest.

<sup>14</sup> Het Hof van Justitie benadert de problematiek van de zetelverplaatsing en de omzetting IPR-neutraal. Zie ook P. Vlas, 'Mobiliteit van vennootschappen: worsteling met zetels', in: P. Essers, G. Raaijmakers, G. van der Sangen, A. Verdrum, E. Vermeulen (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 531-541, i.h.b. p. 532-533.

niet onder de oprichtingsvoorwaarden in de lidstaat van oorsprong vallen.<sup>15</sup> Dergelijke consequenties leiden immers niet tot beëindiging van het bestaan van de vennootschap. Er is dan, met andere woorden, ook na verplaatsing van de bestuurszetel onverminderd sprake van een vennootschap die voldoet aan de voorwaarden van art. 54 VWEU met als gevolg dat haar een beroep op art. 49 VWEU toekomt.<sup>16</sup> Dit betekent dat de fiscale belemmeringen aan het verplaatsen van de bestuurszetel naar een andere lidstaat, kunnen worden getoetst aan het recht op vrije vestiging.<sup>17</sup>

Het eerste arrest waarin het Hof een aanzet geeft dat een grensoverschrijdende omzetting binnen het bereik van het recht op vrije vestiging valt, is het *Sevic*-arrest.<sup>18</sup> Hoewel dit arrest betrekking had op de relatie tussen het recht op vrije vestiging en het uitvoeren van grensoverschrijdende juridische fusies, overwoog het Hof in dit arrest dat grensoverschrijdende fusies, ‘evenals overige omzettingen van vennootschappen’, behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de in art. 49 VWEU bedoelde vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.<sup>19</sup> Met de overige omzettingen refereerde het Hof aan de in het arrest geciteerde omzettingsvarianten genoemd in § 1 van het Duitse *Umwandlungsgesetz*. Hieronder vallen behalve de juridische fusie, (onder meer) ook de juridische splitsing en de omzetting in een andere rechtsvorm.

Een doorbraak op het punt van de grensoverschrijdende omzetting kwam met het *Cartesio*-arrest. In dit arrest was de vraag aan de orde of het recht op vrije vestiging in beginsel meebrengt dat een vennootschap de aanknopingsfactoren die ingevolge het recht van de lidstaat van oorsprong (i.c. Hongarije) zijn vereist, kan verbreken en desondanks als vennootschap beheerst door het recht van het land van oorsprong kan blijven bestaan. Het betrof hier derhalve op zichzelf geen grensoverschrijdende omzetting, maar het verbreken van de vereiste aanknopingsfactoren met behoud van de hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de lidstaat van oorsprong, i.c. Hongarije. Het Hof beantwoordde deze vraag in lijn met het *Daily Mail* arrest negatief: Een lidstaat mag de aanknopingsomschrijving die van een vennootschap is vereist opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht naar het recht van die lidstaat en om die hoedanigheid naderhand te behouden. Een vennootschap die de vereiste aanknopingsomschrijving wenst te verbreken, kan dan ook niet

15 De hierop betrekking hebbende stellingen van de Nederlandse, de Duitse, de Italiaanse, de Portugese, de Finse en de Zweedse regering werden hiermee verworpen. Zie r.o. 29 van het arrest.

16 *National Grid Indus*-arrest, r.o. 32.

17 Het Hof oordeelde overigens dat de door Nederland gestelde beperkingen in beginsel gerechtvaardigd zijn. Zie r.o. 56 van het arrest. Of het arrest op dit punt consistent is met eerdere rechtspraak van het Hof (HvJ EG 11 maart 2004, zaak C-9/20 (*Hughes de Lasteyrie du Saillant*) en 7 september 2006, zaak C-470/04 (*N/Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*)), is een andere kwestie.

18 Zie o.m. G.J. Vossestein, *JOR* 2006/33; S.M. van den Braak, ‘Grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen’, *WPNR* (2007) 6721, p. 688-693; J.B.S. Hijink, ‘Grensoverschrijdende verplaatsing van vennootschappen na *Cartesio*: enige juridische, fiscale en beleidsmatige overpeinzingen’, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 371-383. Anders o.m. J.N. Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2006, p. 119; G.J.H. van der Sangen, ‘Grenzenloze mobiliteit van ondernemingen na het *Sevic*-arrest’, *TvOB* 2006, p. 185; J.L. van der Streek, *Omzetting van rechtspersonen* (diss. UvA), 2008, p. 309.

19 *Sevic*-arrest, r.o. 19.

verlangen de hoedanigheid van vennootschap naar het recht van de desbetreffende lidstaat te behouden.

Hoewel het Hof het hierbij had kunnen laten, zet het Hof in enkele overwegingen zijn oordeel uiteen ten aanzien van de mogelijkheid van grensoverschrijdende omzetting. Aan deze overwegingen ontleent het arrest zijn importantie. Zij hebben betrekking op de vraag of het recht van de lidstaat van oorsprong een vennootschap mag belemmeren de door dat recht vereiste aanknoping te verbreken en zich te onderwerpen aan het recht van een andere lidstaat. De situatie derhalve waarin de vennootschap voortbestaat, maar dan als een vennootschap die is onderworpen aan het recht van een andere lidstaat. Er is dan sprake van een grensoverschrijdende omzetting waarbij de vennootschap haar zetel verplaatst naar een andere lidstaat door zich om te zetten in een vennootschapsvorm naar het recht van de lidstaat van ontvangst.<sup>20</sup> Het Hof overweegt op dit punt dat de vrijheid van vestiging meebrengt dat de lidstaat van oorsprong een dergelijke omzetting als regel niet mag belemmeren.<sup>21</sup> Dit betekent dat in principe ook een vennootschap in de zin van art. 54 VWEU die is opgericht naar Nederlands recht, haar statutaire zetel kan verplaatsen naar een andere lidstaat, mits zij zich tegelijkertijd omzet in een vennootschapsvorm die valt onder het nationale recht van de lidstaat van ontvangst.

De mogelijkheid hiertoe bestaat echter niet zonder meer. Aan het slot van r.o. 112 overweegt het Hof in het *Cartesio*-arrest namelijk dat de omzetting in een vennootschapsvorm naar het recht van een andere lidstaat mogelijk is, 'voor zover diens recht dit toestaat'. Deze laatste zinsnede gaf aanleiding tot de nodige discussie over de betekenis van dit arrest. In grote lijnen zijn de opvattingen op dit punt dat: (i) het aan de lidstaat van ontvangst is om een dergelijke omzetting in een vennootschapsvorm naar haar recht toe te staan;<sup>22</sup> (ii) de lidstaat van ontvangst een grensoverschrijdende omzetting moet toelaten indien de lidstaat van oorsprong de grensoverschrijdende omzetting toelaat;<sup>23</sup> (iii) een inbound omzetting met verplaatsing van de werkelijke zetel naar een lidstaat die de werkelijke zetelleer toepast wel, en een lidstaat die de incorporatieleer toepast in beginsel<sup>24</sup> niet,

20 In theorie zijn verschillende vormen van zetelverplaatsing mogelijk. Bezien vanuit Nederlands recht is bijvoorbeeld denkbaar dat de statutaire zetel wordt verplaatst zonder wisseling van toepasselijk recht. Dit blijkt uit art. 2 lid 2 Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen, waarover in de MvT wordt opgemerkt dat het van het recht van het immigratieland afhangt of een nationaliteitswisseling optreedt (*Kamerstukken II* 23 316, nr. 3, p. 5). Deze wet is overigens alleen van toepassing in noodsituaties. Zie ook J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Kluwer, Deventer 1996, p. 76 e.v.; J.B.S. Hijink, a.w. (noot 17), p. 373. Voorbeelden van grensoverschrijdende zetelverplaatsing met wisseling van 'nationaliteit' maar zonder omzetting in een andere rechtsvorm zijn te vinden in de Verordeningen betreffende de SE, de SCE en het EESV.

21 Zie r.o. 111-113. Over de wijze van uitvoering van de grensoverschrijdende omzetting laat het Hof zich niet uit. Zie hierover W.J.M. van Veen, a.w. (noot 4).

22 Zie o.m. W.J.M. van Veen, Nu ook grensoverschrijdende omzetting... dankzij het Europese Hof van Justitie, *TvOB* 2009/1, p. 220-227 (met als argument de vrijheid van de lidstaten om de vereiste aanknopingsfactoren te bepalen); P.M. Storm, *Cartesio*: stapjes in de processie van Echternach, *Ondernemingsrecht* 2009/7, p. 328 e.v.; H.J.M.M. van Boxel/G.J.C. Rensen, 'Crossing borders met coöperaties', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 454; E. Schmieman, 'Contouren voor een wet inzake de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen', in: *Europa! Europa? De invloed van het Europese vennootschaps- en effectenrecht nu en in de toekomst*, Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht' 2012, p. 89-124, i.h.b. p. 95-96.

23 Zie o.m. G.-J. Vossestein, a.w. (noot 9), p. 185-190; M. Verburgh, 'Cartesio: Baanbrekend of wegbereidend?', *SEW* 2009/175, p. 419 e.v.

24 Denkbaar is dat de lidstaat een regeling kent die inbound en outbound omzettingen mogelijk maakt.



mogelijk is;<sup>25</sup> en (iv) dat de lidstaat van ontvangst de omzetting moet toelaten indien zij nationale vennootschappen toestaat om zich om te zetten in een andere rechtsvorm.<sup>26</sup>

Over deze kwestie heeft het Hof in het VALE-arrest uitspraak gedaan.

### 3. Het VALE-arrest

VALE Costruzioni Srl was een vennootschap opgericht naar Italiaans recht. Op 3 februari 2006 heeft VALE Costruzioni Srl verzocht om doorhaling uit het Italiaanse handelsregister. Bij deze gelegenheid heeft zij gemeld haar activiteiten naar Hongarije te willen verplaatsen en haar activiteiten in Italië te willen staken. Aan haar verzoek om doorhaling is daadwerkelijk op 13 februari 2006 voldaan. In het handelsregister is onder vermelding ‘doorhaling en zetelverplaatsing’ opgenomen dat de vennootschap naar Hongarije is verplaatst. Eerst op 14 november 2006 – dus negen maanden na doorhaling van de vennootschap in het Italiaanse handelsregister – hebben de directeur van VALE Costruzioni Srl tezamen met een andere persoon een vennootschap naar Hongaars recht opgericht, VALE Építési. Bij de opgave tot inschrijving van VALE Építési in het Hongaarse handelsregister is verzocht om VALE Costruzioni Srl als rechtsvoorganger van VALE Építési te vermelden. De houder van het handelsregister weigert om aan dit verzoek te voldoen omdat – geparafraseerd weergegeven – het Hongaarse recht de inschrijving van een Hongaarse vennootschap als rechtsoptvolger van een buitenlandse rechtspersoon niet kent.

Dit standpunt houdt uiteindelijk in cassatie stand, maar het Hongaarse hoogerechtshof ziet desondanks aanleiding om het Hongaarse recht op dit punt te toetsen aan het recht op vrije vestiging. Het formuleert in dit verband een viertal prejudiciële vragen. In de kern komen deze vragen voor zover relevant voor deze beschouwing er in de bewoordingen van het Hof op neer of de art. 49 jo. art. 54 VWEU meebrengen dat:

- (i) lidstaten die een regeling kennen die bepaalt dat vennootschappen naar binnenlands recht mogen worden omgezet, moeten toestaan dat ook een vennootschap die onder het recht van een andere lidstaat valt, wordt omgezet in een vennootschap naar nationaal recht door een dergelijke vennootschap op te richten; en
- (ii) in het kader van een grensoverschrijdende omzetting, de lidstaat van ontvangst gerechtigd is het voor deze verrichting relevante nationale recht te bepalen en aldus de bepalingen van zijn nationale recht inzake binnenlandse omzettingen toe te passen die de

25 Zie o.m. J.W. Bellingwout, *Cartesio*: mijlpaal en doorbraak na *Daily Mail*, *WFR* 2009, p. 217 e.v.; P. Vlas, a.w. (noot 14), p. 538-539.

26 Zie o.m. J.N. Schutte-Veenstra, *Zetelverplaatsing; herbevestiging van Daily Mail met nuancering*, *Ondernehmensrecht* 2009/2, p. 110; A.F.M. Dorrestein/B. Verkerk, *Nakaarten over Cartesio*, *O&F* 2009 17(2), p. 64-66, overeenkomstig het dictum in het VALE-arrest; J.B.S. Hijink, a.w. (noot 18), p. 377-378. Reeds voor het *Cartesio*-arrest was gewezen werd dit reeds betoogd door o.m. S.M. van den Braak, a.w. (noot 18), p. 688-693, zij het dat zij betoogde dat als voorwaarde geldt dat beide lidstaten een interne omzettingsregeling dienen te kennen. Dit laatste is mijns inziens door het *Cartesio*-arrest achterhaald.

oprichting en de werking van een vennootschap regelen, zoals de voorschriften voor het opstellen van een balans en een inventaris van de activa.

Alvorens op de inhoud in te gaan enkele prealabele kanttekeningen. In de eerste plaats dat VALE Építési (hierna: VALE) gebruik wilde maken van een omzetting naar het Hongaarse recht waarbij een nieuwe vennootschap wordt opgericht<sup>27</sup> die als rechtsopvolger geldt van de ontbonden vennootschap. Dit betreft derhalve een figuur waarbij de nieuw opgerichte vennootschap geldt als opvolger onder algemene titel, van een vennootschap die voorafgaand of althans bij de oprichting van de nieuwe vennootschap wordt ontbonden.<sup>28</sup> Dit is derhalve geen omzetting zoals wij die kennen, waarbij immers sprake is van continuïteit in het bestaan van de rechtspersoon.<sup>29</sup> De tweede kanttekening is dat de rechtsvoorgangster van VALE ten tijde van het verzoek tot inschrijving in het Hongaarse handelsregister, reeds uit het Italiaanse handelsregister was uitgeschreven. Door de uitschrijving uit het Italiaanse handelsregister, hield VALE Costruzioni Srl op te bestaan. Dit feit staat niet alleen aan omzetting naar Nederlands recht maar ook aan de beoogde omzetting naar het Hongaarse recht in de weg.<sup>30</sup> Ondanks hiermee verband houdende bezwaren tegen een inhoudelijke behandeling,<sup>31</sup> nam het Hof de vragen in behandeling omdat zij betrekking hebben op de uitleg van art. 49 jo 54 VWEU. Op de betekenis die het Hof toekent aan het begrip ‘omzetting’ kom ik terug in § 4.2.

Het Hof vangt zijn overwegingen aan met een verwijzing naar het Sevic-arrest. Uit dat arrest kon impliciet worden afgeleid dat het Hof van oordeel was dat ook een grensoverschrijdende omzetting binnen de reikwijdte van het recht op vrije vestiging viel.<sup>32</sup> In het VALE-arrest bevestigt het Hof met zoveel woorden dat omzettingen van vennootschappen in beginsel behoren tot de economische activiteiten waarvoor de lidstaten de vrijheid van vestiging moeten eerbiedigen.<sup>33</sup>

Het beantwoordt vervolgens de hoofdvraag in dit geding aldus dat ‘een nationale regeling die, terwijl zij bepaalt dat nationale vennootschappen mogen worden omgezet, niet toestaat dat een vennootschap die onder het recht

27 In zijn prejudiciële vraag spreekt het Hongaarse hooggerichtshof ook van het opstellen van een ‘nieuwe oprichtingsakte’.

28 Zie conclusie A-G Jaaskinen, par. 30. Zie hierover ook W.J.M. van Veen, ‘Vestigingsklimaat en de restricties in nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie, -splitsing’, in: G.F. Boulogne, L.J.A. Pieterse, *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen*, ZIFO reeks 6, Deventer: Kluwer 2012, p. 163-181, i.h.b. p. 168-169; J.N. Schutte-Veenstra, ‘Grensoverschrijdende omzetting en de vrijheid van vestiging ex art. 49 en 54 VWEU’, *Ondernemingsrecht* 2012, p. 596-597.

29 Vgl. *Cartesio*-arrest, r.o. 112.

30 Zie conclusie A-G Jaaskinen, par. 41. Zie echter r.o. 58, waarin het Hof er vanuit gaat dat de vennootschap, hoewel niet meer vallend onder Italiaans recht, is blijven voortbestaan als rechtspersoon en dat dit een voorwaarde was voor de mogelijkheid tot omzetting in een Hongaarse vennootschap. Hiervan uitgaande is dan evenwel de vraag onder welk recht Vale Costruzioni als rechtspersoon is blijven voortbestaan in de maanden voordat VALE werd opgericht. Het Hof laat zich hier niet over uit. Als VALE Costruzioni naar Italiaans recht niet meer bestond, aldus het Hof, was zij derhalve vóór de omzetting ook geen vennootschap (meer) in de zin van art. 54 VWEU. Dit roept de vraag op of art. 49 VWEU in dit concrete geval wel toepassing kon vinden omzetting. Het Hof stapt hier vrij losjes over heen.

31 Uit r.o. 17 van het arrest blijkt dat op deze gronden niet-ontvankelijkheid is bepleit.

32 *Sevic-arrest*, r.o. 19.

33 R.o. 24.

van een andere lidstaat valt, wordt omgezet, binnen de werkingssfeer van de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU valt.<sup>34</sup>

De implicatie hiervan is dat indien de lidstaat van ontvangst een regeling kent op basis waarvan de aan zijn haar recht onderworpen vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU zich kunnen omzetten in een andere vennootschapsvorm, de desbetreffende lidstaat een dergelijke omzetting in beginsel<sup>35</sup> ook in een grensoverschrijdende context dient toe te staan. Het Cartesio-arrest brengt mee dat in dat geval de lidstaat van oorsprong de outbound omzetting in een vennootschapsvorm naar het recht van de lidstaat van ontvangst moet toestaan. Daarmee is de cirkel rond.

Aangezien het Nederlandse recht mogelijkheden tot omzetting kent voor de ‘eigen vennootschappen’, moeten deze mogelijkheden ook aan vennootschappen uit andere lidstaten worden toegestaan. Volgt reeds uit het Cartesio-arrest dat een *outbound* omzetting van een Nederlandse vennootschap in een vennootschapsvorm van een andere lidstaat in beginsel moet worden toegelaten, het VALE-arrest maakt duidelijk dat het Nederlandse recht in beginsel ook een *inbound* omzetting moet toelaten.

#### 4. Omzetting en vestigingsvrijheid

##### 4.1. ‘Omzetting’ en de vrijheid tot het bepalen van de aanknopingsfactoren

In het VALE-arrest stelt het Hof voorop vast te houden aan zijn eerdere jurisprudentie waar het betreft de relatie tussen het recht op vrije vestiging en de mogelijkheid tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing. Dit komt onder meer tot uitdrukking in de verwijzingen naar de arresten Daily Mail en Cartesio. Het Hof vat de essentie van deze uitspraken op dit punt aldus samen dat een lidstaat ‘ontegenzeggelijk (...) de aanknopingsfactoren mag omschrijven die van een vennootschap vereist is opdat deze kan worden geacht te zijn opgericht volgens het nationale recht van die lidstaat.’<sup>36</sup>

Men kan zich de vraag stellen of deze overweging harmonieert met het dictum. Een implicatie van het VALE-arrest is immers dat het de lidstaten niet zonder meer is toegelaten om als voorwaarde voor erkenning als vennootschap naar het eigen recht te stellen dat de vennootschap bij oprichting de (statutaire en/of werkelijke) zetel op het eigen grondgebied dient te hebben. Dit geldt bijvoorbeeld voor het

<sup>34</sup> R.o. 33.

<sup>35</sup> Beperkingen zijn toegestaan mits gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, zoals de bescherming van de belangen van de schuldeisers, de minderheidsaandeelhouders en de werknemers, alsook de waarborging van de doeltreffendheid van de fiscale controles en de eerlijkheid van handelstransacties, op voorwaarde dat een dergelijke beperkende maatregel geschikt is om de nagestreefde doelen te verwezenlijken en niet verder gaat dan wat nodig is om deze te bereiken. Dit punt laat ik verder rusten.

<sup>36</sup> VALE-arrest, r.o. 29.

Nederlandse recht.<sup>37</sup> Met de term ‘oprichting’ wordt in het Nederlandse recht bedoeld op het moment waarop de vennootschap *ab initio* tot stand wordt gebracht.<sup>38</sup> Een omzetting kwalificeert naar Nederlands recht niet als oprichting.<sup>39</sup> De wetgever heeft een inbound omzetting bovendien niet willen toelaten.<sup>40</sup> Omdat Nederland de mogelijkheid kent dat rechtspersonen zich omzetten in een andere rechtspersoonsvorm, moet Nederland echter een inbound omzetting erkennen op grond van het VALE-arrest. De aldus omgezette vennootschap geldt na omzetting als te zijn opgericht naar Nederlands recht.<sup>41</sup>

Dat een lidstaat ‘volstrekt’ vrij is om de vereiste aanknopng met zijn grondgebied te bepalen die vereist is om te kunnen gelden als te zijn opgericht naar het recht van de desbetreffende lidstaat, is aldus bezien niet meer goed vol te houden. De vraag is dan ook hoe het Hof tot zijn beslissing is gekomen. In dit verband is r.o. 51 interessant. Hierin overweegt het Hof enigszins apodictisch:

“Vaststaat immers dat een grensoverschrijdende omzetting in de lidstaat van ontvangst leidt tot de oprichting van een vennootschap naar het recht van die lidstaat.”

De omzetting van een vennootschap leidt, aldus het Hof, tot de ‘oprichting’ van een vennootschap.<sup>42</sup> Men kan zich de vraag stellen of het Hof hiermee wellicht specifiek refereerde aan de omzetting volgens het Hongaarse recht waarin, zoals hierboven is gebleken, sprake is van de oprichting van een nieuwe vennootschap. Gezien de gekozen bewoordingen, het Hof spreekt van ‘een’ grensoverschrijdende omzetting, is dat mijns inziens echter niet aannemelijk. Daarbij komt dat uit r.o. 55 nadrukkelijk blijkt dat het Hof onder omzettingen zowel verrichtingen vat waarbij sprake is van ‘strikte juridische en economische continuïteit tussen de rechtsvoorgangster die de omzetting heeft gevraagd en de omgezette rechtsopvolgster’ als verrichtingen waarbij die continuïteit ontbreekt. Zie hierover nader de volgende paragraaf.

De implicatie hiervan is dat het Unierechtelijke begrip ‘oprichting’, afwijkt van ons nationale begrip oprichting. Betreft men hierbij de omschrijving van de

37 Zo vereist het Nederlandse recht dat de statutaire zetel van een rechtspersoon naar Nederlands recht bij oprichting in Nederland moet zijn gelegen. Zie o.m. art. 2:27 lid 4 sub a, 2:66/177 en 2:286 lid 4 sub d/287 BW. Ten aanzien van de stichting bepaalt bij gebreke van een statutaire regeling de wet dat de zetel is gelegen in de gemeente waar de notaris is gevestigd.

38 MvT, *Kamerstukken II* 32 137, nr. 3, p. 67 e.v.

39 Zie ook art. 2:18 BW: omzetting beëindigt het bestaan van de rechtspersoon niet. Een wisseling van het toepasselijke statuut wordt erkend voor corporaties die niet worden beheerst door Nederlands recht voor zover de omzetting buiten Nederland om plaatsvindt, maar ook in dit kader wordt gesproken van ‘zetelverplaatsing’ met voortbestaan van de corporatie (art. 10:120 BW).

40 Zie o.m. MvT, *Kamerstukken II* (1994-95), 24 141, nr. 3, p. 20. Een uitzondering bestaat indien een vennootschap haar zetel heeft verplaatst in overeenstemming met de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen dan wel de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen. Zie art. 9 e.v. respectievelijk art. 4 van de desbetreffende wetten.

41 Zie r.o. 51 waarover hierna en W.J.M. van Veen, ‘Opgericht’ naar het recht van een lidstaat. Over de vestigingsvrijheid van voor vennootschappen die zijn opgericht buiten de EER, onder meer in relatie tot art. 2:333c BW’, in: Ibili/Koppenol-Laforce/Zilinsky, *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Kluwer, Deventer 20012, p. 229 e.v., waarvan een enigszins bekorte en geactualiseerde versie is opgenomen in *TvOB* 2013/1 getiteld: ‘Opgericht’ naar het recht van een lidstaat ex art. 2:333c BW’.

42 In de Engelse tekst wordt hier de term ‘incorporation’ gebruikt.

vrijheid van vestiging in art. 49 VWEU, dan wekt het dictum in het VALE-arrest minder verwondering. Volgens art. 49 VWEU omvat de vrijheid van vestiging immers onder meer de ‘oprichting’ van vennootschappen. Als een ‘omzetting’ Unierechtelijk als ‘oprichting’ kwalificeert en een lidstaat deze ‘oprichtingsvariant’ kent, dan is het logische gevolg dat hij deze ook voor vennootschappen uit een andere lidstaat dient toe te staan, “overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld”.<sup>43</sup>

Men kan er over twisten of het arrest op dit punt consistent is omdat hiermee de ‘ontegenzeggelijke’ vrijheid van de lidstaten tot bepaling van de vereiste aanknopingspunten in het geding is, maar het Hof heeft gesproken. Ik kom hierop terug in § 4.2.

#### 4.2. *Het begrip ‘omzetting’*

In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat het Unierechtelijke begrip oprichting afwijkt van het Nederlandse begrip. In deze paragraaf ga ik in op het Unierechtelijke begrip ‘omzetting’. In § 4.1 bleek reeds dat het Hof onder de omzetting – anders dan naar Nederlands recht- zowel verrichtingen vat waarbij sprake is van ‘strikte juridische en economische continuïteit tussen de rechtsvoorgangster die de omzetting heeft gevraagd en de omgezette rechtsopvolgster’ als gevallen waarin die continuïteit ontbreekt. In het Sevic-arrest merkt het Hof ook de juridische fusie en juridische splitsing aan als omzettingen.<sup>44</sup> In het VALE-arrest wordt dit ten aanzien van de fusie herhaald. Hierbij merk ik op dat in het Sevic-arrest sprake was van een fusie door overneming waarbij de verkrijgende vennootschap niet van rechtsvorm veranderde. Het begrip omzetting in Unierechtelijke zin omvat derhalve een breder palet aan verrichtingen dan het Nederlandsrechtelijke begrip.

De vraag is vervolgens of en, zo ja, welke implicaties dit heeft voor het Unierechtelijke begrip ‘oprichting’. Indien een omzetting in Unierechtelijke betekenis leidt tot oprichting, dan is het logische gevolg hiervan dat de verrichtingen die het Hof aanmerkt als omzettingen, tevens kwalificeren als oprichting. Dit brengt dan mee dat indien de fusie door overneming Unierechtelijk als omzetting kwalificeert, ook bij een fusie door overneming de verkrijgende rechtspersoon in Unierechtelijke zin geacht worden te zijn ‘opgericht’. Vanuit ons juridische begrippenkader bezien is dit vreemd, maar in de Tiende Richtlijn wordt de verkrijgende rechtspersoon aangemerkt als de uit de fusie ‘ontstane’ rechtspersoon, ook indien sprake is van een fusie door overneming.<sup>45</sup>

In dit verband kan ook worden gewezen op r.o. 30 in het VALE-arrest. Hierin spreekt het Hof van de uit de “grensoverschrijdende omzetting ontstane vennootschap” en refereert er aan dat uit het Sevic-arrest volgt dat een “dergelijke

<sup>43</sup> Art. 49 VWEU.

<sup>44</sup> Sevic-arrest, r.o. 19.

<sup>45</sup> Zie o.m. art. 5 (sub a, f, g, i, j, k), art. 11, art. 12, art. 13, art. 16 Tiende Richtlijn. In de Engelse tekst wordt gesproken van de vennootschap ‘resulting from the cross border merger’. In de SE- en SCE-verordening wordt in het kader van de vorming van een SE of SCE door omzetting, zelfs gesproken van ‘oprichting’. Zie art. 17 en 37 SE-verordening en art. 1, 2 en 19 SCE-verordening. In de Engelse tekst wordt hier gesproken van ‘formed’.

vennootschap” noodzakelijkerwijs alleen valt onder het recht dat het vereiste aanknopingspunt, de oprichting en werking daarvan bepaalt. De verkrijgende vennootschap bij een grensoverschrijdende fusie wordt aldus blijkbaar door het Hof aangemerkt als een uit een grensoverschrijdende omzetting ontstane vennootschap. Ook indien sprake is van een fusie door overnemings, zoals in *Sevic*-arrest aan de orde was, waarbij de verkrijgende vennootschap niet van rechtsvorm verandert.<sup>46</sup>

Doordenkend op deze lijn, omvat het begrip omzetting - en daarmee het begrip oprichting - in Unierechtelijke zin de verrichtingen die ertoe leiden dat een vennootschap de rechtsopvolger is van een of meer andere vennootschappen. Hierbij maakt het geen verschil of deze vennootschap bij die verrichting wordt opgericht of reeds bestaat, noch ook of sprake is van juridische continuïteit tussen rechtsvoorganger en rechtsopvolger. Het juridische begrippenkader zoals wij dat in het Nederlandse recht kennen doet er in dit verband niet zoveel toe. De economische realiteit is bepalend bij de toepassing van art. 49 VWEU.<sup>47</sup>

Voor deze Unierechtelijke benaderingswijze zijn wel argumenten aan te voeren. Zou immers het Hof aansluiting zoeken bij het juridische begrippenkader in de diverse lidstaten dan zou dit vanuit economisch oogpunt tot niet goed verklaarbare verschillen kunnen leiden. Het gegeven dat de omzetting naar Nederlands recht - anders dan kennelijk naar Hongaars recht - niet gepaard gaat met de ontbinding van de zich omzettende vennootschap en overgang van haar vermogen naar een nieuw opgerichte vennootschap, zou er dan bijvoorbeeld toe leiden dat de omzetting in een Nederlandse vennootschap niet, maar in een Hongaarse vennootschap wel onder de vestigingsvrijheid valt. Het is niet onbegrijpelijk dat het Hof dit vanuit het oogpunt van een zekere uniforme werking van het recht op vrije vestiging minder wenselijk acht.

Tegelijk kan de vraag worden gesteld of de benadering van het Hof vanuit oogpunt van rechtszekerheid wel wenselijk is. Het ontbreken van uitvoeringsregels leidt er onder meer toe dat bijvoorbeeld niet is voorzien in beschermingsmaatregelen ten behoeve van minderheidsaandeelhouders, crediteuren, werknemers en eventueel het algemeen belang<sup>48</sup> en dat niet steeds duidelijk is of een grensoverschrijdende herstructurering geldig is uitgevoerd.<sup>49</sup> Het Hof onderkent dit (zie r.o. 37) maar overweegt met verwijzing naar het *Sevic*-arrest dat het bestaan van Unierechtelijke uitvoeringsregels niet als voorwaarde vooraf kan worden gesteld voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging. De taak van het Hof is om uitleg te geven aan het verdrag. Het is aan de wetgevende instanties in de Unie en de lidstaten om de implicaties daarvan in goede banen te leiden.

46 Voor de goede orde voeg ik hieraan toe dat dit niet meebrengt dat in dit geval de vennootschap wordt gezien als geheel nieuwe vennootschap. Zie *Cartesio-arrest*, r.o. 122, waarin het Hof spreekt van een vestigingshandeling ‘door’ de verkrijgende vennootschap in *Sevic*.

47 Zie in deze zin ook Conclusie A-G Jaaskinen, par. 46 e.v.

48 Denk aan een verzetsrecht voor de Staat/toezichhoudende autoriteiten op gronden van het algemeen belang, dat de Nederlandse wetgever overigens alleen ten aanzien van (outbound) grensoverschrijdende zetelverplaatsing en -fusie op grond van de SE- en SCE-verordening heeft ingevoerd. Zie Uitvoeringswet SE (art. 5 en 7). Uitvoeringswet SCE (art. 6 en 9)

49 Vgl. L. Timmerman, *Willen wij dit?*, *Ondernemingsrecht* 2009/18, p. 698-69.

#### 4.3. Omzetting en ‘vestiging’

Met de economische benadering van het recht op vrije vestiging houdt ook verband het antwoord op de vraag of een grensoverschrijdende omzetting onder de werking van art. 49 VWEU valt indien de betrokken vennootschap zich niet werkelijk in de beoogde lidstaat van ontvangst wenst te vestigen. In de literatuur wordt bevestigende beantwoording deze vraag wel bepleit op basis van het Centros-arrest. De aanleiding hiervoor steunt als ik het goed zie op de gedachte dat uit het Centros-arrest de principiële vrijheid voortvloeit om het toepasselijke vennootschapsrecht te kiezen.<sup>50</sup> Doordenkend op deze lijn, zou ook het verplaatsen van de statutaire zetel naar de lidstaat van ontvangst zonder tevens de economische activiteiten daar naartoe over te brengen, onder de vestigingsvrijheid vallen.<sup>51</sup> Verplaatsing van de statutaire zetel lijkt soms ook zonder meer mogelijk te worden geacht op basis van het Sevic-arrest, meer in het bijzonder op basis van het daarin verwoorde non-discriminatie beginsel;<sup>52</sup> Als een omzetting in een nationale context is toegelaten, moet zij ook steeds in een grensoverschrijdende context worden toegelaten.<sup>53</sup>

Het is de vraag of deze arresten nopen tot dit resultaat. In het Centros-arrest stond immers de vraag centraal hoe de beoogde lidstaat van ontvangst zich mag opstellen jegens een vennootschap die in de lidstaat van oorsprong geen economische activiteiten beoogt of ontplooit en die op zijn grondgebied een onderneming wil drijven.<sup>54</sup> Het arrest had geen betrekking op de vraag onder welke omstandigheden een lidstaat een vennootschap moet erkennen als te zijn opgericht naar zijn eigen recht. Ook het Sevic-arrest noopt niet tot het standpunt dat een grensoverschrijdende fusie of omzetting zonder dat werkelijke vestiging in een andere lidstaat wordt beoogd, onder de vrijheid van vestiging valt. In r.o. 18 refereert het Hof er immers nadrukkelijk aan dat het recht op vrije vestiging ertoe strekt barrières te slechten die in de weg staan aan het ‘daadwerkelijk deel nemen aan het economisch leven in de lidstaat van ontvangst’.

In het VALE-arrest is het Hof op dit punt explicieter dan in voornoemde arresten. Het Hof overweegt in r.o. 34-35:

“34 Wat het bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging betreft, zij eraan herinnerd dat het begrip vestiging in de zin van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging, de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in de lidstaat van ontvangst

50 Conclusie A-G Jääskinen inzake *VALE*, par. 22.

51 Zie o.m. C.W.A. Timmermans, Symposium Cartesio: een commentaar, in J.B.S. Heijink, M.A. Verburgh e.a., *Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio*, IVO-reeks dl 75, Kluwer 2012, p. 55.

52 Zie bijv. P.M. Storm, a.w. (noot 22), p. 334-335.

53 Ook A-G Jääskinen lijkt met verwijzing naar het rapport van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA op deze lijn te zitten. Zie zijn Conclusie inzake *VALE*, par. 68.

54 Een consequentie hiervan is dat de oprichting van een vennootschap niet per definitie een vestigingshandeling is in de zin van art. 49 VWEU. Zie in deze zin ook het *Factortame II-arrest*, r.o. 21. Zie hierover C.W.A. Timmermans, ‘Europeesrechtelijke erkenning van pseudo-buitenlandse vennootschappen’, in: J.H. Christiaan e.a. (red.), *Tot vermaak van Slagter*, p. 326.

impliceert. Dit veronderstelt bijgevolg dat de betrokken vennootschap werkelijk gevestigd is in deze lidstaat en daar daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent (arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C 196/04, Jurispr. blz. I 7995, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 In casu is in de procedure voor het Hof niet gebleken van feiten of omstandigheden waaruit blijkt dat de activiteiten van VALE Épitési zich beperken tot Italië en deze vennootschap niet de bedoeling heeft zich werkelijk te vestigen in Hongarije, hetgeen evenwel door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.”

Het Hof legt niet alleen rechtstreeks verband tussen het begrip vestiging en de mogelijkheid tot grensoverschrijdende omzetting, maar draagt in r.o. 35 de nationale rechter op om verifiëren of van werkelijke economische vestiging in de lidstaat van ontvangst sprake is. Hieruit kan naar mijn mening worden afgeleid dat een grensoverschrijdende omzetting alleen dan onder de werking van het recht op vrije vestiging valt indien dat gepaard gaat met de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in de lidstaat van ontvangst.

Dit oordeel is in lijn met HvJEG 25 juli 1991, zaak C-221/89 (*Factortame II*),<sup>55</sup> maar staat enigszins op gespannen voet met de jurisprudentie van het Hof inzake het inroepen van het recht op vrije vestiging na verplaatsing van de woonplaats door natuurlijke personen. Het Hof heeft onder andere in het al genoemde *N-arrest* geoordeeld dat het recht op vrije vestiging dan kan worden ingeroepen ook zonder dat de economische activiteiten werden overgebracht naar de lidstaat waar de nieuwe woonplaats zich bevindt.<sup>56</sup> Of het Hof met het VALE-arrest de lijn die is uitgezet in het N-arrest verbreekt of (onder andere) ten aanzien van grensoverschrijdende omzettingen van vennootschappen gronden ziet om een ander uitgangspunt te hanteren, behoeft in het kader van deze beschouwing geen bespreking; het Hof heeft ten aanzien van grensoverschrijdende omzettingen expliciet overwogen dat werkelijke vestiging in de lidstaat van ontvangst is vereist om de omzetting binnen het bereik van art. 49 jo art. 54 VWEU te brengen.

In concreto zou dit impliceren dat het recht op vrije vestiging niet meebrengt dat een vennootschap naar bijvoorbeeld Engels recht die een onderneming drijft in bijvoorbeeld Engeland, zich moet kunnen omzetten in een Nederlandse BV indien niet tevens in Nederland werkelijk economische activiteiten voor onbepaalde tijd uitgeoefend (zullen gaan) worden. Blijven alle economische activiteiten in het Verenigd Koninkrijk of een andere lidstaat, dan noopt het Unierecht, als ik dit goed zie, er niet toe dat het Nederlandse verbod op een inbound omzetting terzijde wordt gesteld.

Een interessante vraag is of het louter overbrengen van de zetel zonder economische activiteiten wel mogelijk is indien de economische activiteiten zich

<sup>55</sup> Zie het *Factortame II*-arrest, r.o. 20. Onder werkelijke vestiging vat het Hof in dit arrest dat de productiemiddelen worden beheerd en de exploitatie ervan wordt bestuurd en gecontroleerd vanuit de desbetreffende lidstaat. Zie r.o. 34.

<sup>56</sup> Zie o.m. HvJEG 7 september 2006, zaak C-470/04 (*N/Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*), waarover nader F.P.G. Pötgens en W.W. Geursen, ‘Rennenberg: Is mortgage interest paid on an owner-occupied dwelling in Belgium deductible from Netherlands-source employment income’, *European Taxation*, november 2007, p. 502-503, alwaar ook meer jurisprudentie wordt besproken.



reeds bevinden in de beoogde lidstaat van ontvangst. Bijvoorbeeld in het geval dat een Engelse vennootschap haar onderneming in Nederland heeft gevestigd. Het Nederlandse noch het Engelse recht verzetten zich tegen continuering van deze situatie. Vanuit juridisch oogpunt is er dan ook geen noodzaak tot overbrenging van de zetel naar Nederland. Desondanks meen ik dat in dit geval de vestigingsvrijheid meebrengt dat de omzetting is toegelaten, omdat de omzetting in een Nederlandse BV het de vennootschap ‘gemakkelijker maakt om aan het economisch leven in Nederland deel te nemen onder dezelfde voorwaarden als die gelden voor nationale marktdeelnemers’.<sup>57</sup>

#### 4.4. De ‘mislukte’ omzetting

De in de vorige paragraaf ontwikkelde gedachtegang leidt tot de conclusie dat ook indien een lidstaat een nationale omzettingsregeling kent, een ‘inbound’ grensoverschrijdende omzetting niet zonder meer onder de reikwijdte van art. 49 VWEU valt. Indien niet is voldaan aan het vereiste dat sprake is van werkelijke economische vestiging in Nederland zodat het Nederlandse recht de omzetting erkent noch behoeft te erkennen,<sup>58</sup> is de omzetting in beginsel niet toegelaten. Wat hiervan de gevolgen zijn, is niet duidelijk. De desbetreffende vennootschap heeft inmiddels de aanknopingspunten met de lidstaat van oorsprong verbroken. Kan dan de omzetting zonder meer als ongeldig worden aangemerkt, met mogelijk nietigheid of ontbinding van de vennootschap als gevolg, of moet de vennootschap eerst in de gelegenheid worden gesteld de aanknopingspunten met de lidstaat van oorsprong te herstellen dan wel economische activiteiten naar Nederland over te brengen? Of moet wellicht worden gesteld dat als een omzetting eenmaal is uitgevoerd, de omzetting als rechtsgeldig moet worden aangemerkt?

Deze vraag laat zich niet gemakkelijk beantwoorden. Wellicht kan in dit verband aansluiting worden gezocht bij de rechtspraak omtrent het nationaliteitsrecht. Het Hof heeft in verschillende arresten op deze parallel gewezen in relatie tot het antwoord op de vraag of sprake is van een vennootschap in de zin van art. 54 VWEU en als gevolg daarvan of haar een beroep toekomt op de rechten die het verdrag toekent.<sup>59</sup> In zoverre kan een vergelijking worden gemaakt met de status van ‘unieburger’.<sup>60</sup> Door nietigheid of ontbinding van de vennootschap, zou de vennootschap deze status verliezen. Op dit punt is er een zekere parallelie met

57 Zie voor een parallel HvJEG 25 juli 1991, zaak C-221/89 (Factortame II), r.o. 24-25. Terughoudender op dit punt, echter voordat het VALE-arrest was gewezen: J.W. Bellingwout, a.w. (noot 38), p. 217 e.v.; P. Vlas, a.w. (noot 14), p. 538-539. Expliciet is E.C.C.M. Kemmeren, ‘Internationale Zetelverplaatsing: exemplarisch voor de wisselwerking tussen ondernemingsrecht en belastingrecht’, in: P. Essers, G. Raaijmakers, G. van der Sangen, A. Verdrum, E. Vermeulen (red.), *Met Recht, Liber Amicorum Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 239, die meent dat een outbound omzetting vanuit een lidstaat die het incorporatiestelsel aanhangt per definitie buiten de reikwijdte van het recht op vrije vestiging valt.

58 Ten aanzien van inbound fusies van kapitaalvennootschappen wordt niet de eis gesteld dat de verkrijgende vennootschap werkelijk duurzame economische activiteiten in Nederland beoogt of uitoefent.

59 Zo onder meer in het Cartesio-arrest, r.o. 109.

60 Vgl. W.W. Wessel, De zaak Cartesio: nieuwe piketpalen voor de vrijheid van vestiging en zetelverplaatsing van vennootschappen binnen de EG, *JurID* 2009/4, p. 15.

het verlies van de nationaliteit van een lidstaat indien dit althans leidt tot verlies van het burgerschap van de Unie.

Een arrest dat in dit verband interessant is, is het Rottmann-arrest.<sup>61</sup> De casus die hieraan ten grondslag lag, had betrekking op de vraag of een aanvankelijk Oostenrijkse onderdaan die door bedrog bij de aanvraag de Duitse nationaliteit had verkregen, de Duitse nationaliteit kon worden ontnomen. Omdat Rottmann door de naturalisatie inmiddels de Oostenrijkse nationaliteit had verloren, zou hij door ontneming van de Duitse nationaliteit staatloos worden en tevens de status van unieburger verliezen. Dit laatste was redengevend om deze kwestie binnen het bereik van het Unierecht te brengen (zie r.o. 48-49). Het Hof oordeelde dat het verlies van burgerschap van de Unie meebrengt dat een voorgenomen intrekking van de Duitse nationaliteit moet worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel, waarbij onder meer de ernst van het gepleegde bedrog, het tijdsverloop en de mogelijkheid tot herkrijgen van de oorspronkelijke nationaliteit dienen te worden meegewogen. In het bijzonder zal de nationale rechter moeten te beoordelen of dit meebrengt dat een redelijke termijn moet worden vergund om te proberen de oorspronkelijke nationaliteit te herkrijgen (r.o. 58).

Analoge toepassing van dit arrest zou ertoe leiden dat in het geval dat niet aan de vereisten voor grensoverschrijdende omzetting is voldaan, de lidstaat van ontvangst daaraan niet rauwelijks de conclusie kan verbinden dat de vennootschap niet (langer) geldt als te zijn opgericht naar zijn recht. De vennootschap zou daardoor – nu zij ook de banden met de lidstaat van oorsprong heeft verbroken – immers niet meer gelden als vennootschap in de zin van art. 54 VWEU en daardoor de rechten die het Unierecht daaraan verbindt, moeten ontberen. Toepassing van het evenredigheidsbeginsel zal als regel ertoe leiden dat ten minste een redelijke termijn moet worden vergund om de aanknoping met de lidstaat van oorsprong te herstellen dan wel om de economische activiteiten naar de lidstaat van ontvangst over te brengen.

Een interessante vraag is of het evenredigheidsbeginsel niet ook tot een andere uitkomst zou kunnen leiden. Indien de lidstaat van ontvangst, zoals Nederland, voor de eigen vennootschappen geen werkelijke en duurzame band met de eigen economie voorschrijft, is het mijns inziens verdedigbaar dat het evenredigheidsbeginsel zich eerder tegen ontbinding van de ‘genaturaliseerde’ vennootschap verzet louter omdat zij geen economische activiteiten ontplooit. Hierbij speelt dan mede een rol dat de bevoegde autoriteit – voor Nederland kwalificeert daartoe mijns inziens de notaris – de inbound grensoverschrijdende omzetting heeft bezegeld. Ook het tijdsverloop tussen omzetting en het geconstateerde gebrek speelt hierbij een rol. Ten aanzien van lidstaten die de incorporatieleer aanhangen, zou dit meebrengen dat de voorwaarde dat sprake moet zijn van werkelijke economische vestiging, feitelijk aan betekenis inboet.

---

61 HvJ EU 2 maart 2010, Zaak C-135/08 (Janko Rottmann).

## 5. Grensoverschrijdende herstructurerings: het Unierecht en de Nederlandse restricties

In de voorgaande paragrafen is aan de orde geweest dat in het Unierecht het begrip oprichting niet alleen betrekking heeft op de oprichting *ab initio* maar ook de omzetting in brede zin omvat (§ 4.1). Hierbij maakt het geen verschil of deze vennootschap bij die verrichting wordt opgericht of reeds bestaat, noch ook of sprake is van juridische continuïteit tussen rechtsvoorganger en rechtsopvolger (§ 4.2). Ten einde te gelden als vestigingshandeling in de zin van art. 49 VWEU kan uit de jurisprudentie van het Hof mijns inziens wel worden afgeleid dat desbetreffende vennootschap(en) werkelijke economische vestiging in de lidstaat van ontvangst beogen of ontplooien (§ 4.3).

Voor de praktische implicaties van deze jurisprudentie is allereerst van belang of vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU op basis van deze jurisprudentie grensoverschrijdende omzettingen kunnen realiseren. In de kern is de vraag of het Unierecht op dit punt het nationale recht terzijde stelt of dat de jurisprudentie van het Hof ertoe leidt dat de lidstaten hun recht op dit punt moeten aanpassen. Stelt men zich op dit laatste standpunt dan is het nalaten van de benodigde aanpassingen in strijd met het recht op vrije vestiging, maar is een grensoverschrijdende omzetting desondanks niet mogelijk.<sup>62</sup>

Naar ik meen moet bij de beantwoording van deze vraag tot uitgangspunt worden genomen dat volgens vaste jurisprudentie van het Hof, het Unierecht deel uitmaakt van de nationale rechtsorde van de lidstaten en door nationale wetgeving en praktijken niet terzijde kan worden gesteld. Waar het betreft de uit verdragsbepalingen voortvloeiende rechten en plichten van de lidstaten, is de soevereiniteit van de lidstaten definitief beperkt. Nationale praktijken en rechtsvoorschriften die strijdig zijn met uit verdragsbepalingen voortvloeiende rechten en verplichtingen, worden aldus door het Unierecht terzijde gesteld.<sup>63</sup> Aangezien de verplichting van de lidstaten om het recht op vrije vestiging te eerbiedigen rechtstreeks voortvloeit uit het VWEU, hoeft niet te worden betwijfeld dat bovenstaande overwegingen ook gelding hebben ten aanzien van de mogelijkheid grensoverschrijdende herstructurerings uit te voeren.

In relatie tot grensoverschrijdende herstructurerings is een punt van aandacht dat ingevolge vaste jurisprudentie van het Hof vennootschappen hun bestaan ontleen aan de nationale wet van de betrokken lidstaten. Zij bestaan enkel krachtens de verschillende nationale wetgevingen, die de oprichtings- en werkingsvoorwaarden ervan bepalen.<sup>64</sup> De lidstaten hebben derhalve op dit punt hun soevereiniteit ten opzichte van het Unierecht behouden. Het is evenwel de vraag of deze soevereiniteit bij grensoverschrijdende omzettingen in het geding is. Het Hof bepaalde immers ten aanzien van grensoverschrijdende fusies dat geen andere fusievarianten behoeven te worden toegelaten dan die in een nationale context

<sup>62</sup> Dit laatste standpunt wordt onder meer ingenomen door E. Schmieman, a.w. (noot 22), p. 97.

<sup>63</sup> Zie o.m. HvJ EG 15 juli 1964, Zaak nr. 6/64 (Costa/ENEL).

<sup>64</sup> Zie o.m. *Daily Mail*-arrest, r.o. 19.

mogelijk zijn. Met betrekking tot een inbound omzetting, overweegt het Hof dat dit alleen hoeft te worden geaccepteerd indien en voor zover de lidstaten een nationale omzettingsregeling kennen. Het Hof knoopt derhalve aldus nadrukkelijk aan bij de in de betrokken lidstaten bestaande wijzen van ‘oprichting’. Er behoeven aldus geen nieuwe wijzen van ‘oprichting’ te worden geïntroduceerd. De lidstaten zijn en blijven dan ook op dit punt soeverein. Het Unierecht leidt er slechts toe dat de lidstaten (ook) ten aanzien van de beschikbare wijzen van oprichting, niet mogen discrimineren tussen de eigen onderdanen en de onderdanen van andere lidstaten. Op dit punt bestaat, zo volgt uit art. 49 VWEU, geen soevereiniteit van de lidstaten. Dit leidt er mijns inziens toe dat een restrictie dat een bepaalde wijze van ‘oprichting’ in de Unierechtelijke zin van art. 49 VWEU niet open staat voor vennootschappen uit andere lidstaten, in strijd is met het Unierecht en derhalve terzijde wordt gesteld zonder dat hiervoor wetgeving door de lidstaten is vereist.

Het bovenstaande laat onverlet dat aanvullende wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringswijzen bepaald nuttig is. Enerzijds omdat het de rechtszekerheid ten goede komt, anderzijds omdat het grensoverschrijdende karakter aanleiding geeft tot het overwegen van aanvullende beschermingsmaatregelen ten behoeve van crediteuren, minderheidsaandeelhouders en mogelijk de werknemers van de vennootschap of het algemeen belang.<sup>65</sup> Dit alles laat onverlet dat de jurisprudentie van het Hof gevolgen heeft voor de mogelijkheden tot grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen. In de hierna volgende paragrafen besteed ik hieraan nader aandacht.

## **6. Grensoverschrijdende omzettingen (in de Nederlandsrechtelijke betekenis)**

### *6.1. Mogelijkheden en beperkingen*

Uit het Cartesio-arrest volgde reeds dat het Nederlandse recht een outbound omzetting van een Nederlandse vennootschap in een vennootschapsvorm van een andere lidstaat in beginsel niet kan beletten. Het VALE-arrest maakt duidelijk dat het Nederlandse recht in beginsel ook een inbound omzetting moet toelaten. In § 4.3 heb ik al aan de orde gesteld dat het recht op vrije vestiging zich slechts uitstrekt tot verrichtingen waarbij (ook) economische activiteiten uitgeoefend (zullen gaan) worden in de lidstaat van ontvangst. Indien werkelijke economische vestiging in de lidstaat van ontvangst niet is beoogd, is het logische gevolg hiervan mijns inziens dat het Unierecht er niet toe noopt dat een outbound of inbound omzetting moet worden toegelaten.

Een ander punt is of voor een grensoverschrijdende omzetting ook als voorwaarde geldt dat de omzetting zowel naar het recht van de lidstaat van oorsprong als naar het recht van de lidstaat van ontvangst – met weglating van

---

<sup>65</sup> Zie hierover nader G.-J. Vossestein, Bescherming van aandeelhouders, crediteuren en werknemers bij grensoverschrijdende omzetting na Cartesio, in: J.B.S. Hijink/M.A. Verburgh e.a., Europees ondernemingsrecht: grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, IVO-reeks dl 75, Deventer: Kluwer 2011, p. 19 e.v.

de grensoverschrijdende dimensie – mogelijk moet zijn. In het Cartesio-arrest noch het VALE-arrest formuleerde het Hof een dergelijke voorwaarde. Het Hof overwoog in het VALE-arrest wel dat “de bepalingen op grond waarvan een dergelijke verrichting mogelijk is zich slechts in het nationale recht kunnen bevinden”. Zie r.o. 43. In de literatuur is uit deze overweging wel afgeleid dat ook de lidstaat van oorsprong een omzettingsregeling dient te kennen.<sup>66</sup>

Naar ik meen vloeit deze consequentie niet voort uit de desbetreffende overweging. Deze overweging is door het Hof geplaatst in de context van de eerdere overwegingen van het Hof betreffende het ontbreken van Unierechtelijke uitvoeringsregelingen, in het bijzonder dat dit niet in de weg kan staan aan het oordeel dat een grensoverschrijdende omzetting in beginsel moet worden toegestaan (zie § 4.2). De overweging dat de regels betreffende de uitvoering van een grensoverschrijdende omzetting om die reden moeten worden gevonden in het recht van de betrokken lidstaten, sluit hierop aan. Hiermee is niet vanzelfsprekend gezegd dat het bestaan van een nationale omzettingsregeling in de lidstaat van oorsprong een voorwaarde is voor een grensoverschrijdende omzetting.

De voorwaarde dat de lidstaat van oorsprong een omzettingsregeling moet hebben, zou zich ook niet goed verhouden tot het Cartesio-arrest, omdat het ontbreken van een dergelijke regeling dan zonder meer aan een grensoverschrijdende omzetting in de weg zou staan. Dit gevolg werd nu juist door het Hof niet toelaatbaar geacht.<sup>67</sup> Hieraan voeg ik toe dat bij een grensoverschrijdende omzetting het verbreken van de vereiste aanknoping met de lidstaat van oorsprong centraal staat, hetgeen bij een nationale omzetting niet aan de orde is. Het bestaan van zo’n regeling is daarom in het kader van een grensoverschrijdende omzetting niet zo relevant. Mijns inziens volgt uit het bovenstaande dat het bestaan van een omzettingsregeling in de lidstaat van oorsprong geen voorwaarde is voor de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende omzetting. Dit leidt ertoe dat voor toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende omzetting het recht van de lidstaat van ontvangst bepalend is.<sup>68</sup>

Als deze conclusie juist is, dan is hier een opmerkelijk verschil met de grensoverschrijdende fusie. Het Hof heeft in het Sevic-arrest bepaald dat een grensoverschrijdende fusie onder de vestigingsvrijheid valt indien de fusie met weglating van de grensoverschrijdende dimensie, naar het recht van de betrokken lidstaten zou zijn toegelaten. Hof beperkt zich hierbij niet tot de lidstaat van ontvangst. Hieruit lijkt voort te vloeien dat niet alleen het recht van de lidstaat van ontvangst bepalend is. Wellicht dat de verklaring hierin is gelegen dat de fusie een verrichting is van twee of meer rechtspersonen die leidt tot hun versmelting, terwijl de omzetting geen meerzijdige verrichting is waarbij de ‘oprichting’ van een

66 In deze zin E.R. Roelofs, a.w. (noot 6), p. 797. Vgl. S.M. ter Braak, a.w. (noot 18), p. 690-691, die overigens voordat het VALE-arrest was gewezen reeds aannam dat de beoogde omzettingsvariant in de betrokken lidstaten moet zijn voorzien.

67 Zie r.o. 113.

68 Dit laat onverlet de mogelijkheid dat de lidstaat van oorsprong in zijn wetgeving beperkingen kan stellen, bijvoorbeeld ter bescherming van crediteuren en het algemeen belang, met in achtneming van de kaders die het Unierecht daarvoor stelt. Zie hierover o.m. J.N. Schutte-Veenstra, Europees vennootschapsrecht: het harmonisatieprogramma en de vestigingsvrijheid van vennootschappen, in: S.B.J. Hijink/M.A. Verburgh e.a., a.w. (noot 65), p. 12; G.-J. Vossestein, t.a.p. (noot 65).

vennootschap naar het recht van de lidstaat van ontvangst centraal staat. Anderzijds is er vanuit economisch perspectief niet steeds een fundamenteel verschil: de economische activiteiten worden voortgezet in een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat. Wellicht dat het Hof nog eens de kans krijgt om op dit punt meer duidelijkheid te verschaffen. Gezien het bovenstaande is het mijns inziens niet onlogisch als die verduidelijking zou inhouden dat het dictum in het Sevic-arrest aldus moet worden begrepen dat het zich richt tot de lidstaat van ontvangst, zijnde de lidstaat van de verkrijgende vennootschap.

Het uitgangspunt dat de lidstaat van ontvangst bepalend is, kan leiden tot opmerkelijke resultaten. Indien een lidstaat een bepaalde omzettingsvariant niet kent, bijvoorbeeld de omzetting van een nijvere stichting in een kapitaalvennootschap, dan behoeft die lidstaat een inbound omzetting van een nijvere stichting in een kapitaalvennootschap niet toe te laten. Deze oprichtingsvariant komt de eigen onderdanen niet toe en behoeft daarom ook niet aan onderdanen van andere lidstaten te worden toegekend. Datzelfde land dient echter een outbound omzetting van een dergelijke stichting in bijvoorbeeld een Nederlandse BV in beginsel wel toe te laten, aangezien het Nederlandse recht deze omzettingsvariant kent.<sup>69</sup> Het betreft hier immers de omzetting van een vennootschap in de zin van art. 54 VWEU in een andere vennootschapsvorm, zodat uit het VALE-arrest volgt dat Nederland deze omzetting inbound moet toelaten. Kent een lidstaat bijvoorbeeld een bijzondere omzettingsregeling voor een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid in een kapitaalvennootschap, dan kan ook een Nederlandse personenvennootschap zich met gebruikmaking van die omzettingsregeling in beginsel omzetten in die kapitaalvennootschap, hoewel het Nederlandse recht een dergelijke omzettingsregeling niet kent.<sup>70</sup> Enzovoorts.

Een andere vraag die met het voorgaande verband houdt, is of omzetting van bijvoorbeeld een GmbH in een BV tot de mogelijkheden behoort. Deze vraag komt op omdat de GmbH de equivalent is van de BV, en het Nederlandse recht geen omzetting van een BV in een BV kent. Deze casuspositie deed zich in wezen in het VALE-arrest voor.<sup>71</sup> A-G Jääskinen concludeerde dat dit gegeven er niet aan in de weg moet staan de omzetting als ‘grensoverschrijdende oprichting’ aan te merken die binnen de reikwijdte van art. 49 VWEU valt.<sup>72</sup> Het Hof maakt hier verder geen woorden aan vuil en oordeelt, zoals hierboven uiteengezet in § 3, dat de omzetting onder het recht op vrije vestiging valt. De aan het begin van deze alinea gestelde vraag kan derhalve positief worden beantwoord.

69 Mocht het een stichting naar het recht van de lidstaat van oorsprong niet zijn toegestaan een onderneming te drijven, dan leidt dit mijns inziens tot de conclusie dat zij geen vennootschap is in de zin van art. 54 VWEU: of sprake is van een dergelijke vennootschap wordt immers bepaald door het op de rechtspersoon toepasselijke recht. Het overtreden van een dergelijk verbod wordt naar ik aanneem niet door het Unierecht gesauveerd.

70 In deze zin o.m. ook G.-J. Vossestein, a.w. (noot 9), p. 189-190.

71 De Hongaarse Kft (Korlátolt felelősségű társaság) is – althans vanuit Unierechtelijk perspectief – de equivalent van de Italiaanse Srl. Zie ook Bijlage II, SE Verordening.

72 Zie zijn Conclusie bij het VALE-arrest, par. 33-34, 68-69.

Afgezien van de beschikbare omzettingsvarianten, kunnen zich bij een grensoverschrijdende omzetting interessante vraagstukken voordoen. Zo kan er een verschil zijn in de conceptuele benadering van de omzetting tussen de betrokken lidstaten. In het Nederlandse recht treedt bij omzetting geen discontinuïteit op in het bestaan van de rechtspersoon en vindt derhalve geen overgang plaats van het vermogen van de zich omzettende rechtspersoon. In het Hongaarse recht wordt kennelijk de zich omzettende rechtspersoon geacht te worden ontbonden om te worden voortgezet in de nieuw opgerichte vennootschap, waarbij het vermogen van de zich omzettende rechtspersoon van rechtswege overgaat, zonder liquidatie (zie § 3). Stel nu dat een Hongaarse vennootschap zich wil omzetten in een Nederlandse BV. Dan is dit slechts mogelijk als de zich omzettende rechtspersoon kan voortbestaan na omzetting. Het Hongaarse recht biedt hiertoe geen mogelijkheid. Desondanks moet uit het Cartesio-arrest worden afgeleid dat het Hongaarse recht de omzetting moet toestaan. Uit het VALE-arrest blijkt dat naar Nederlands recht de omzetting moet worden toegelaten en voorts dat het recht van de lidstaat van ontvangst bepalend is of de omzetting gepaard gaat met strikte continuïteit of niet.<sup>73</sup>

Het recht dat op de zich omzettende vennootschap van toepassing is, moet - ervan uitgaande dat de omzetting moet kunnen plaatsvinden - zich derhalve op dit punt voegen naar het recht van de lidstaat van ontvangst. Dit is ook het geval indien een Nederlandse BV zich zou willen omzetten in een Hongaarse vennootschap. Ik stel mij zo voor dat het besluit tot omzetting en de akte van omzetting iets vermelden in deze zin dat de vennootschap in overeenstemming met de voorwaarden van het Hongaarse recht zal worden ontbonden met ingang van het moment waarop de Hongaarse vennootschap waarin de vennootschap zich wenst om te zetten, tot stand komt en dat de Hongaarse vennootschap van rechtswege zal opvolgen in het vermogen van de zich omzettende BV.

Hierbij kunnen zich interessante goederenrechtelijke vraagstukken voordoen. Ik noem bijvoorbeeld dat de omzetting naar het recht van de lidstaat van ontvangst gepaard gaat met een overgang van rechtswege van het vermogen van de zich omzettende vennootschap naar de omgezette, verkrijgende vennootschap. Voor zover het op de desbetreffende vermogensbestanddelen betrekking hebbende vermogensstatuut overeenstemt met het recht van de lidstaat van ontvangst, zie ik niet zoveel problemen.<sup>74</sup> Maar wat als dit niet het geval is, en het op een of meer van die vermogensbestanddelen toepasselijke vermogensstatuut deze wijze van overgang niet kent? Brengt het Unierecht dan mee dat deze vermogensbestanddelen desondanks van rechtswege overgaan? Stel dat zich in het vermogen VALE Costruzioni aandelen in een Nederlandse BV zouden hebben bevonden. Gaat het recht op vrije vestiging dan zo ver dat die aandelen overeenkomstig het Hongaarse recht zonder leveringshandeling op VALE overgaan?

Deze kwestie speelt ook bij andere wijzen van 'omzetting' zoals een fusie naar het recht van een andere lidstaat. Aangezien de fusie een althans binnen de EER geharmoniseerde figuur is, kan de overgang van aandelen op naam in een

<sup>73</sup> Zie r.o. 30.

<sup>74</sup> Anders A-G Jääskinen die van mening is dat niet het toepasselijke vermogensstatuut maar het recht van de zich omzettende vennootschap bepalend is; Zie zijn Conclusie inzake VALE, par. 77.

Nederlandse vennootschap krachtens een fusie naar het recht van een andere lidstaat worden erkend.<sup>75</sup> Ten aanzien van de ‘echte’ omzetting ontbreekt het echter aan een dergelijk geharmoniseerd EU-rechtelijk kader en lijkt een leveringshandeling noodzakelijk.

## 6.2. *Procedure en voorschriften bij grensoverschrijdende omzetting*

### 6.2.1. *Volgtijdelijke toepassing van de betrokken rechtstelsels*

Een vraag van geheel andere orde betreft hoe een grensoverschrijdende omzetting moet worden uitgevoerd. Het VALE-arrest bevat hiervoor enkele aanwijzingen. Het Hof merkt op dat de voorwaarden voor de omzetting worden bepaald door de lidstaat van oorsprong enerzijds en de lidstaat van ontvangst anderzijds (r.o. 43). Deze beide rechtstelsels zijn opeenvolgend van toepassing (r.o. 37). Allereerst dient de vennootschap zich op de omzetting voor te bereiden, door haar aanknoping met de lidstaat van oorsprong te verbreken. Deze voorbereiding duidt ik aan als het pre-omzettingsproces. De uiteindelijke omzetting wordt beheerst door het recht van de lidstaat van ontvangst.

Het pre-omzettingsproces omvat mijns inziens onder meer de naleving van eventuele regelingen tot bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers en de besluitvorming over de omzetting en eventuele vorm- of registratievoorschriften ter verlening van rechtskracht aan het besluit. Hieronder vallen onder meer de voorschriften omtrent informatieverschaffing, oproeping en besluitvorming, eventuele uittreedrechten, consultatieverplichtingen en aankondigingen. Dit proces wordt zoals gezegd beheerst door het recht van de lidstaat van oorsprong. Dit doet er mijns inziens niet aan af dat het besluit tot omzetting aan bepaalde voorwaarden die zijn ontleend aan het recht van de lidstaat van ontvangst, moet zijn voldaan. Dit besluit moet immers adequaat zijn om de omzetting te kunnen voltooien. Zo is voor de omzetting in een Nederlandse BV vereist dat voorafgaand aan de omzetting de beoogde statuten van de BV zijn vastgesteld. In het besluit tot omzetting zullen daarom onder meer de beoogde statuten van de BV (in het Nederlands) moeten worden vastgesteld.

Ten aanzien van de lidstaat van ontvangst, moeten de bepalingen betreffende nationale omzettingen met in achtneming van de verplichtingen uit hoofde van de art. 49 en 54 VWEU worden toegepast, aldus het Hof (r.o. 46-47). Als ik het goed zie, schrijft het Hof hiermee analoge toepassing voor van de voorschriften die gelden bij een nationale omzetting. De bij een inbound omzetting gehanteerde voorschriften mogen niet ongunstiger zijn dan voor een nationale omzetting (het zgn. gelijkwaardigheidsbeginsel) en de voorwaarden mogen niet zodanig zijn dat zij een grensoverschrijdende omzetting in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (het zgn. doeltreffendheidsbeginsel, zie r.o. 48).

---

<sup>75</sup> Zie in deze zin Hof Amsterdam 13 juni 1991, NJ 1991, 669. Zie hierover o.m. G. van Solinge, *Grensoverschrijdende juridische fusie*, diss. VU 1994, Deventer: Kluwer 1994, p. 219 e.v.



Het Hof geeft voorts aan dat het aan de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van ontvangst is om te verifiëren of aan de pre-omzettingsvoorschriften in de lidstaat van oorsprong is voldaan. Hiertoe moeten zij in beginsel af gaan op een verklaring in documenten die afkomstig zijn van de daartoe bevoegde autoriteit van de lidstaat van oorsprong. Het staat hen niet vrij om zonder aanleiding de juistheid van hetgeen in die documenten is vermeld in twijfel te trekken (r.o. 58-61).

#### 6.2.2. De inbound omzetting vanuit Nederlands perspectief

Zowel bij de outbound als de inbound omzetting speelt de notaris een centrale rol. Het ontbreken van een wettelijke regeling vergemakkelijkt de taak van de notaris niet. De notaris zal immers het belang van rechtszekerheid alsmede het belang van aandeelhouders, werknemers, crediteuren en eventuele andere belanghebbenden moeten bewaken. Met het oog daarop zal hij een zo zorgvuldig mogelijke procedure willen en moeten volgen.

Ten aanzien van een inbound omzetting, is de procedure eenvoudiger dan bij een outbound omzetting, waarover hierna in § 6.2.3. De nadruk ligt dan immers op de vorming van een Nederlandse rechtspersoon. Vereist is een notariële akte van omzetting waarin de statuten (in het Nederlands) zijn opgenomen (art. 2:18 BW). Bij omzetting in een NV is bovendien de verklaring van een accountant als bedoeld in art. 2:72 BW vereist. De notaris zal voordat hij de akte van omzetting verlijdt, zich er wel van dienen te vergewissen dat alle pre-omzettingsformaliteiten en -handelingen overeenkomstig de voorschriften van de lidstaat van oorsprong zijn verricht. Hiertoe kan en moet hij afgaan op een attest dat is afgegeven door de daartoe in de lidstaat van oorsprong bevoegde autoriteit.

Indien de lidstaat van oorsprong een regeling kent voor de outbound omzetting of zetelverplaatsing, behoeft het verkrijgen van het attest niet tot complicaties leiden omdat de toepasselijke wet- en regelgeving zal voorzien in een autoriteit die voltooiing van het pre-omzettingstraject registreert. Bij gebreke van een dergelijke regeling, kan dit lastiger zijn. Als regel kan dan mijns inziens worden aangenomen dat de autoriteit of instantie die krachtens het nationale recht de rechtmatigheid van nationale omzettingen of bij gebreke daaraan statutenwijzigingen controleert, de aangewezen figuur is om het attest af te geven.

Het ontbreken van een expliciete wettelijke regeling zou voor de desbetreffende autoriteit of instantie aanleiding kunnen zijn om afgifte van het certificaat te weigeren. Dit leidt tot de complicatie dat – hoewel afgifte van het attest niet zou mogen worden geweigerd – het attest feitelijk niet kan worden verkregen. Althans niet zonder mogelijk tot aan het Hof door te procederen. Het is de vraag of de Nederlandse notaris dan onverkort mag vasthouden aan afgifte van dat attest. Deze vraag komt op omdat dit de omzetting feitelijk onmogelijk zou maken, hetgeen op gespannen voet staat met het door het Hof gememoreerde doeltreffendheidsbeginsel. In theorie lijkt dit mee te brengen dat de notaris in deze gevallen zou mogen af gaan op een attest van een notaris of advocaat uit de desbetreffende lidstaat. Dit is evenwel geen optie indien medewerking van de desbetreffende autoriteit is vereist

om de pre-omzettingsformaliteiten te voltooien. Dit zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen indien inschrijving van het besluit tot omzetting in het door de desbetreffende autoriteit beheerde handelsregister is vereist om het besluit rechtskracht te verlenen en de inschrijving wordt geweigerd.

Het ontbreken van een procedure voor de grensoverschrijdende omzetting kan de notaris derhalve voor lastige vraagstukken stellen. Dit kan worden voorkomen als hetzelfde resultaat kan worden bereikt door middel van een grensoverschrijdende fusie. Het voordeel hiervan is dat een geharmoniseerde regeling bestaat. Ook de fusie is, met andere woorden, een techniek om een omzetting te bewerkstelligen. Hierover nader § 7, m.n. § 7.2.

#### 6.2.3. De procedure bij een outbound omzetting vanuit Nederlands perspectief: een proeve<sup>76</sup>

Bij een outbound omzetting van een Nederlandse rechtspersoon ligt het voor de hand om aansluiting te zoeken bij de regelingen omtrent grensoverschrijdende zetelverplaatsing in de SE- en SCE-verordening en het – overigens ingetrokken – concept 14<sup>de</sup> richtlijn.<sup>77</sup> Voor analoge toepassing hiervan pleit dat de grensoverschrijdende omzetting veel gemeen heeft met de grensoverschrijdende zetelverplaatsing zoals voorzien in de genoemde Europese verordeningen. Omdat deze regelingen deel uitmaken van het Nederlandse recht lenen zij zich bovendien goeddeels voor analoge toepassing. Overigens verschillen de regelingen die in de genoemde verordeningen zijn opgenomen voor wat betreft de procedurele aspecten niet of nauwelijks van elkaar en van het ontwerp 14<sup>e</sup> richtlijn betreffende grensoverschrijdende zetelverplaatsing van kapitaalvennootschappen.<sup>78</sup>

Voor de grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV – waartoe ik mij in deze bijdrage beperk – ligt mijns inziens de in de SE-verordening en de ter uitvoering daarvan in de uitvoeringswet opgenomen regeling het meest voor de hand. Dit omdat de NV en BV meer verwantschap hebben met de SE dan met de SCE of het EESV.<sup>79</sup> Daarom neem ik deze regeling als uitgangspunt.

##### 6.2.3.1. Vereisten vooraf; attest deskundige

In de SE-verordening zijn enkele algemene beperkingen opgenomen ten aanzien van de mogelijkheid tot zetelverplaatsing. Zo geldt dat een vennootschap die zich in een ontbindings-, liquidatie- of insolventieprocedure bevindt, haar zetel niet kan verplaatsen.<sup>80</sup> Deze regeling strekt ter bescherming van de belangen van crediteuren. Dit brengt mee dat een vennootschap ten einde haar zetel te kunnen

<sup>76</sup> Delen van deze paragraaf zijn een bewerking van een artikel van mijn hand in het WPNR, a.w. (noot 4).

<sup>77</sup> In deze zin o.m. ook Dorrestein/Verkerk, a.w. (noot 26), p. 67 en W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 4).

<sup>78</sup> Zie over het ontwerp van de richtlijn J.W. Bellingwout, Voorontwerp richtlijn zetelverplaatsing, TVVS 1997, p. 373 e.v. De tekst van het ontwerp is voor zover ik weet niet gepubliceerd in het Publicatieblad. Een Engelse vertaling is te vinden in S. Rammeloo, *Corporations in private international law*, Oxford University Press 2001, p. 297 e.v.

<sup>79</sup> De regeling van het EESV kent geen bepalingen ter bescherming van de belangen van crediteuren. Dit houdt vermoedelijk verband met het feit dat het EESV haar leden geen beperking van aansprakelijkheid biedt.

<sup>80</sup> Zie art. 8 lid 15 SE-Verordening respectievelijk art. 7 lid 15 SCE-Verordening.

verplaatsen, niet mag zijn ontbonden, niet in staat van faillissement mag verkeren en dat haar geen surseance van betaling mag zijn verleend. Dit vereiste roept verder geen specifieke vragen op.

Een ander punt is dat, zoals in § 1 aan de orde is geweest, een grensoverschrijdende omzetting vooralsnog alleen mogelijk is tussen EER-lidstaten en dan nog slechts voor zover de beoogde lidstaat van ontvangst een regeling voor grensoverschrijdende omzetting of nationale omzettingen kent die voor toepassing in aanmerking komen. Voordat de omzettingsprocedure wordt gestart is het daarom van belang dat hierover helderheid wordt verkregen. Hieromtrent kan een attest of opinie worden gevraagd van een daartoe gekwalificeerde persoon uit de lidstaat van ontvangst. Mogelijk zijn er lidstaten waar een specifieke instantie is aangewezen om dit attest af te geven. Deze bedoelde verklaring dient uiteraard niet alleen te zien op de kwestie of een grensoverschrijdende of nationale omzetting mogelijk is, maar ook op de vraag of omzetting in de beoogde rechtsvorm mogelijk is.

#### 6.2.3.2. Omzettingsvoorstel en toelichting

Analoge toepassing van art. 8 lid 2 SE-Verordening brengt mee dat het bestuur van de vertrekkende vennootschap een voorstel tot omzetting opstelt. Dit voorstel vermeld op grond van deze bepaling i) de huidige naam, statutaire zetel en het nummer van inschrijving van de vennootschap en voorts ii) de voorgestelde statutaire zetel (of het equivalent daarvan naar het recht van de lidstaat van ontvangst), iii) de eventuele gevolgen van de omzetting voor de rol van de werknemers, iv) de voorgestelde statuten en haar nieuwe benaming, v) het tijdsplan tot aan de omzetting en vi) de rechten ter bescherming van aandeelhouders en/of schuldeisers.

De inhoud van het omzettingsvoorstel wordt uiteraard mede gevoerd door (fiscale of vennootschapsrechtelijke) vereisten van de beoogde lidstaat van ontvangst. Deze vereisten kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op het ontslaan van de zittende en benoemen van nieuwe bestuurders of toezichthouders overeenkomstig het recht van de lidstaat van ontvangst. Het spreekt daarom vanzelf dat het omzettingsvoorstel in goed overleg met een collega notaris of andere deskundige adviseur uit de beoogde lidstaat van ontvangst wordt opgesteld.

Naast het voorstel stelt het bestuur een verslag op aldus art. 8 lid 3 SE-verordening.<sup>81</sup> De inhoud en betekenis van dit verslag komen overeen met de toelichting bij een fusie of splitsing. In het verslag worden de juridische en economische aspecten van de omzetting toegelicht en onderbouwd en worden de gevolgen toegelicht voor de aandeelhouders, crediteuren en werknemers.

Op zichzelf kan de toelichting veelal een betrekkelijk eenvoudig document zijn. Een punt van aandacht is echter dat, zeker als er sprake is van twee of meer

---

<sup>81</sup> Voor de goede orde merk ik op dat mijns inziens geen rechtsregel zich er tegen verzet het verslag in het omzettingsvoorstel te verwerken. Omdat voorstel openbaar wordt gemaakt wordt dan echter ook de inhoud van hetgeen in het verslag moet worden opgenomen openbaar.

aandeelhouders, een overzicht wordt opgenomen of bijgevoegd waarin de verschillen in positie van aandeelhouders naar Nederlands recht en naar recht van de beoogde lidstaat van ontvangst worden geschetst. Hierbij kan worden gedacht aan bijvoorbeeld het gevolg van de omzetting voor het stemrecht, winstrecht, agenderingsrecht, recht tot bijeenroeping van de algemene vergadering, rechten van de algemene vergadering, mogelijkheden tot aantasting van besluiten, (specifieke) meerderheids- en quorumvoorschriften etc. Ook een verandering in de verdeling van bevoegdheden tussen bestuur en algemene vergadering is relevante informatie voor de aandeelhouders.<sup>82</sup> Aandeelhouders kunnen vervolgens aan de hand van dit overzicht hun houding ten opzichte van de omzetting bepalen.

#### 6.2.3.3. Deponering en aankondiging

Bij analoge toepassing van de regeling in art. 8 SE-Verordening wordt het omzettingsvoorstel gedeponereerd bij het handelsregister. Het omzettingsvoorstel en verslag worden voorts ten kantore van de vennootschap ter inzage gelegd voor de aandeelhouders en schuldeisers van de vennootschap. Van de deponering van het voorstel dient vervolgens aankondiging te worden gedaan in een landelijk verspreid dagblad.<sup>83</sup> Deze handelingen behoeven geen nadere toelichting.

Bij de zetelverplaatsing van een SE vindt bovendien publicatie plaats op de wijze als voorzien in de Nederlandse wetgeving tot uitvoering van richtlijn 68/151/EEG (art. 8 lid 2 jo. art. 13 SE-verordening). Deze regeling strekt ertoe derden en vooral crediteuren in kennis te stellen van het voornemen tot zetelverplaatsing. Het ligt daarom voor de hand ook dit voorschrift bij een grensoverschrijdende omzetting te volgen. De toepasselijke regeling is opgenomen in art. 24 Handelsregisterwet 2007, dat publicatie in de Staatscourant of een ander even doeltreffend instrument voorschrijft. Dit laatste instrument is de internetsite van de Kamer van Koophandel.<sup>84</sup>

Deze publicatie geschiedt bij de zetelverplaatsing van de SE op grond van de wet door de Kamer van Koophandel. Bij de grensoverschrijdende omzetting is dit vooralsnog niet het geval. Dit is niet problematisch omdat de notaris of de cliënt voor een aankondiging in de Staatscourant kunnen zorgdragen. Hierdoor is aan de vereiste officiële kennisgeving voldaan. Terzijde merk ik op dat de aankondigingen in de Staatscourant online en voor een ieder gratis te benaderen zijn. Een aankondiging in de Staatscourant is daardoor beter toegankelijk dan een aankondiging op de website van de Kamer van Koophandel.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Terzijde merk ik op dat bij een grensoverschrijdende omzetting van een beursgenoteerde vennootschap veelal aanvullende informatieverplichtingen gelden. Ik ga hier niet verder op in.

<sup>83</sup> Art. 8 lid 2 jo. art. 13 verordening en art. 3 Uitvoeringswet SE.

<sup>84</sup> [www.kvk.nl](http://www.kvk.nl) en dan naar 'Publicaties handelsregister'.

<sup>85</sup> Voor online raadpleging van het handelsregister moet, anders dan bij de Staatscourant, worden ingelogd.

#### 6.2.3.4. Verzetstermijn; akte van non-verzet

In het kader van de zetelverplaatsing van een SE geldt na de aankondiging van de deponering van het voorstel een verzetstermijn van 2 maanden (art. 4 Uitvoeringswet SE). Gelet op de bescherming van de belangen van crediteuren ligt het voor de hand een verzetsmogelijkheid in de procedure in te bouwen. Een interessante vraag is hoe dit kunnen. Het punt van de verzetstermijn als zodanig lijkt mij niet zo problematisch. Hierover kunnen immers afspraken worden gemaakt met de cliënt. Iets minder eenvoudig is de vraag hoe om te gaan met het verzetsrecht zelf. Het heeft alleen zin een verzetstermijn in te bouwen als het verzetsrecht adequaat is geregeld. Hierbij rijzen praktische vragen als waar kunnen crediteuren hun verzet tegen de voorgenomen omzetting kenbaar maken en, zo verzet wordt aangetekend, hoe moet hiermee dan worden omgegaan?

Om met de eerste vraag te beginnen, is het mijns inziens in beginsel mogelijk te bepalen dat crediteuren hun verzet kunnen aantekenen ten kantore van de notaris. Dit moet dan in het omzettingsvoorstel worden vermeld. Het is echter om verschillende redenen aantrekkelijker als het verzet zou kunnen worden aangetekend bij de rechtbank.<sup>86</sup> Dit is aantrekkelijker omdat de organisatie van de rechtbank is ingericht op het ontvangen en administreren van verzetschriften en omdat dit het gebruikelijke loket is voor het uitoefenen van het verzetsrecht in vennootschapsrechtelijke aangelegenheden zoals bij juridische fusie en –splitsing, bij kapitaalvermindering en bij zetelverplaatsing van SE en SCE.

Het heeft daarom mijns inziens de voorkeur om de verzetsmogelijkheid te openen bij de rechtbank. Omdat een expliciete wettelijke regeling ontbreekt is het zaak hierover contact op te nemen met de desbetreffende rechtbank. Mij is bekend dat althans één rechtbank onder bepaalde voorwaarden bereid is om deze rol te vervullen en tevens om, zo er geen verzet wordt aangetekend, een akte van non-verzet af te geven. Deze voorwaarden zijn dat – naast het overleggen van gebruikelijke kopieën van advertentieteksten en bewijs van deponering bij de Kamer van Koophandel – de procedure wordt gevolgd die hier is beschreven en dat in het omzettingsvoorstel wordt vermeld dat de bereidheid van de rechtbank om eventuele verzetschriften in ontvangst te nemen en te administreren niet impliceert dat de rechtbank erkent dat een verzetsrecht bestaat noch dat de rechtbank het verzet in behandeling zal nemen. De rechtbank zal zich eerst over analoge toepassing van de verzetsregeling van art. 4 Uitvoeringswet SE buigen als daartoe een concreet verzoek wordt gedaan.

Naar mijn mening is het echter vanuit een oogpunt van bescherming van crediteuren geen noodzaak dat de rechtbank de afhandeling van een verzetschrift ter hand neemt. Het is in dit verband adequaat dat de notariële akte van omzetting en statutenwijziging (of het notarieel proces-verbaal zie hierna § 6.2.2.4) niet zal worden gepasseerd voordat het geschil met de desbetreffende crediteuren is geschikt of beslecht. Deze regeling zal in het omzettingsvoorstel moeten worden vastgelegd omdat zij betrekking heeft op de regeling ter bescherming van

---

<sup>86</sup> Als regel is dit de rechtbank van de statutaire zetel.

crediteuren (zie ook § 6.2.2.1). Ook hierover moeten dan uiteraard heldere afspraken worden gemaakt met de cliënt.

In dit verband kan nog worden gewezen op het verzetsrecht van de Staat bij de zetelverplaatsing van een SE om redenen van algemeen belang (art. 5 Uitvoeringswet SE). Analoge toepassing van deze bepaling ligt mijns inziens niet voor de hand. Voor de zekerheid zou de notaris echter, alvorens de akte te passeren, bevestiging kunnen vragen van de Kamer van Koophandel dat een verklaring van verzet als hier bedoeld niet is neergelegd ten kantore van het handelsregister.

#### 6.2.3.5. Goedkeuring omzetting; statutenwijziging

De fundamentele wijziging in de aard van de vennootschap die door de omzetting optreedt, brengt mee dat de algemene vergadering het orgaan is dat bevoegd is te besluiten tot de omzetting en het vaststellen van de nieuwe statuten. Analooq aan art. 2:18 BW is naar mijn mening een besluit tot omzetting en een besluit tot statutenwijziging vereist. Voor de omzetting kan een andere meerderheids- of quorum eis gelden dan voor de statutenwijziging.

Een interessante vraag is welke meerderheidseis voor deze besluiten is vereist nu de wet hiervoor geen expliciete regeling kent en statuten als regel evenmin. Gezien het ingrijpende karakter van een grensoverschrijdende omzetting ben ik van mening dat in ieder geval de voor zetelverplaatsing en fusie geldende eisen moeten worden gehanteerd: indien meer dan de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd kan worden besloten met gewone meerderheid. In andere gevallen is een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen vereist.<sup>87</sup> Gelden voor de wijziging van bepaalde statutaire regelingen strengere eisen, dan moeten ook deze eisen in acht worden genomen (vgl. ook art. 2:317 lid 2 BW).

In dit verband merk ik op dat de regeling voor de flex-BV de besluitvorming tot grensoverschrijdende omzetting kunnen compliceren. Zo zal indien de plaats van vergaderingen van de algemene vergadering wordt verlegd naar het buitenland absolute unanimiteit zijn vereist voor een grensoverschrijdende omzetting (art. 2:226 lid 2 BW). Voor de goede orde memoreer ik dat geen uittreedregeling is opgenomen bij een outbound zetelverplaatsing van een SE of SCE. De minderheid moet zich maar schikken naar de wil van de meerderheid, zo is hierbij het uitgangspunt. Ik kan mij indenken dat de notaris met het oog op de belangen van minderheidsaandeelhouders en gezien het feit dat een wettelijke regeling ontbreekt, als voorwaarde voor het verlenen van zijn medewerking stelt dat het besluit tot omzetting unaniem wordt genomen.

Zoals gezegd vergt een grensoverschrijdende omzetting een statutenwijziging. Omdat de vennootschap tot het van kracht worden van de omzetting is onderworpen aan Nederlands recht, moet aan de voor statutenwijziging geldende Nederlandse

---

<sup>87</sup> Zie art. 8 lid 6 jo 59 SE-verordening; art. 2:330 BW.

voorschriften worden voldaan. Een punt hierbij is dat de gewijzigde statuten voorzien in de vorming van een rechtspersoon naar vreemd recht en derhalve moeten voldoen aan de voorschriften van de lidstaat van ontvangst. Ook zal de statutaire zetel als regel niet langer in Nederland zijn gevestigd. Dit brengt onvermijdelijk mee dat de gewijzigde statuten niet in overeenstemming zijn met het Nederlandse recht. Dit roept de vraag op of de gewijzigde statuten – voor zover strijdig met dwingende bepalingen van boek 2 BW – wel geldig zijn zolang de zetelverplaatsing niet is geëffectueerd. Een praktische oplossing voor deze wellicht wat theoretische kwestie is te bepalen dat de statutenwijziging van kracht wordt onder de opschortende voorwaarde van het effectief worden van de omzetting.<sup>88</sup>

Voorts zal de akte van statutenwijziging in het Nederlands moeten worden gesteld (art. 2:124/234 lid 1 BW). Hoewel uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de strekking van het taalvoorschrift is dat de Nederlandse tekst van de statuten uit de akte kenbaar is,<sup>89</sup> is het gebruikelijk om conform de formulering van de genoemde bepaling de gehele akte in het Nederlands te stellen. Omdat de statuten bij het van kracht worden van de omzetting veelal in de taal van de lidstaat van ontvangst moeten zijn gesteld, kan het nodig zijn de gewijzigde statuten ook in de taal van dat land in de akte op te nemen. Hiertegen bestaat mijns inziens, mede gezien de strekking van art. 2:124/234 lid 1 BW, geen bezwaar. Of het werkelijk is vereist dat de statuten in de buitenlandse taal worden opgenomen in de akte is overigens een vraag die wordt beheerst door het recht van de beoogde lidstaat van ontvangst. Mogelijk volstaat in het concrete geval een beëdigde vertaling van de akte in de taal van de lidstaat van ontvangst.

Voor de goede orde merk ik nog op dat zoals blijkt uit art. 2:124/234 lid 2 BW, een afzonderlijke akte van statutenwijziging niet is vereist indien van het besluit tot statutenwijziging een notarieel proces-verbaal is opgemaakt. In landen waar de omzetting van kracht wordt door inschrijving van het besluit tot omzetting, kan hiervan gebruik worden gemaakt opdat in beide landen met dezelfde documentatie kan worden gewerkt.

#### 6.2.3.6. Van kracht worden omzetting; attest; uitschrijving Handelsregister

Voor het van kracht worden van de omzetting is vereist dat de besluiten tot omzetting en statutenwijziging zijn genomen in overeenstemming met de daarvoor geldende voorschriften naar Nederlands recht. Het moment en de wijze waarop de omzetting van kracht wordt, wordt voor het overige vanzelfsprekend beheerst door het recht van de beoogde lidstaat van ontvangst (§ 6.1). In de mij bekende gevallen wordt de omzetting van kracht door inschrijving van het besluit tot omzetting in het handelsregister van de lidstaat van ontvangst. Een separate akte van omzetting en statutenwijziging aan Nederlandse kant is mijns inziens dan niet vereist indien een

---

<sup>88</sup> Over statutenwijziging onder opschortende voorwaarde zie men B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging, Serie Van der Heijden Instituut, deel 41, Kluwer, Deventer 1993, p. 144 e.v.

<sup>89</sup> Van Zeben, Parl.Gesch. NBW, Boek 2, p. 555.

notarieel proces-verbaal van het besluit tot omzetting en wijziging van de statuten is opgemaakt overeenkomstig art. 2:124/234 lid 2 BW.

Alvorens tot (aanbieding tot) inschrijving over te gaan, kan de buitenlandse functionaris die is belast met de afhandeling van de formaliteiten die vereist zijn voor de omzetting, verlangen dat de behandelende Nederlandse notaris een verklaring afgeeft waaruit afdoende blijkt dat alle handelingen en formaliteiten die aan de omzetting vooraf dienen te gaan, zijn vervuld. Afgifte van een dergelijke verklaring is ook vereist bij de grensoverschrijdende zetelverplaatsing van een SE. Zie art. 8 lid 8 SE-verordening. Hierbij kan nog worden gewezen op art. 8 lid 7 SE-verordening die, naar analogie toegepast, meebrengt dat de uitreizende vennootschap moet aantonen dat de belangen van haar crediteuren afdoende beschermd zijn voordat de notaris zijn attest mag afgeven. Indien de verzetstermijn onbenut is verstreken mag de notaris mijns inziens een verklaring van deze strekking al spoedig als juist aanvaarden, vooral indien hij tevens een verklaring van non-verzet heeft ontvangen zoals hierboven uiteengezet.

Tot slot moet de vennootschap worden uitgeschreven uit het Nederlandse handelsregister. Hiertoe kan een afschrift uit het handelsregister van de lidstaat van ontvangst worden overlegd. De uitschrijving van de vennootschap wegens grensoverschrijdende omzetting levert bij de Kamer van Koophandel geen problemen op.

## **7. Grensoverschrijdende fusies volgens Boek 2 BW**

De regeling voor grensoverschrijdende fusies in Boek 2 BW, bepaalt de gevallen waarin welk type rechtspersonen kan fuseren. De regeling kent daardoor enkele restricties. Deze hebben betrekking op de geografische reikwijdte, de type fusies en de rechtspersoonsvormen die aan grensoverschrijdende fusie kunnen deelnemen. In deze paragraaf bespreek ik of en, zo ja, welke betekenis toekomt aan de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot deze restricties. Voorafgaand hieraan, merk ik op dat indien een beroep wordt gedaan op het recht op vrije vestiging ter uitvoering van de fusie, mijns inziens ook de aan dat recht inherente restricties moeten worden geaccepteerd. Zie § 4.3.

### *7.1. Geografische reikwijdte*

Art. 2:333c BW bepaalt dat grensoverschrijdende fusies alleen mogelijk zijn met vennootschappen die zijn ‘opgericht naar het recht’ van een andere lidstaat van de EER. Voor het toepassingsbereik van deze regeling is dan ook van belang wat hier onder ‘opgericht’ moet worden verstaan. Wordt hiermee bedoeld op een vennootschap die is opgericht naar het recht van een lidstaat, ook indien zij nadien haar zetel heeft verplaatst naar een land buiten de EER? Of moet hieronder worden verstaan een vennootschap die valt onder het recht van een lidstaat, ook indien zij is opgericht naar het recht van een land buiten de EER maar haar zetel heeft verplaatst naar een lidstaat van de EER?



Uiteindelijk is dit een kwestie van uitleg van art. 2:333c BW. In dit verband is mijns inziens relevant dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de Nederlandse wetgever de Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies,<sup>90</sup> zoveel mogelijk heeft willen volgen.<sup>91</sup> Dit pleit er mijns inziens voor dat als het gaat om het antwoord op de vraag wat er in art. 2:333c BW onder ‘opgericht naar het recht van een lidstaat’ moet worden verstaan, aansluiting wordt gezocht bij wat daaronder Unierechtelijk wordt begrepen. Uit het VALE-arrest blijkt dat ook de vorming van een vennootschap door grensoverschrijdende omzetting wordt opgevat als een oprichting in de zin van art. 49 VWEU (zie § 4.1). Dit brengt mee dat omzetting resulteert in een vennootschap die geacht wordt te zijn opgericht naar het recht van de lidstaat van ontvangst. Dit kon overigens reeds uit het Cartesio-arrest worden afgeleid.<sup>92</sup>

Aanvaardt men deze conclusie, dan leidt dit ertoe dat een vennootschap die is opgericht naar het recht van een niet-EER lidstaat, maar die zich heeft omgezet in een vennootschapsvorm van een EER-lidstaat, aldus de status verkrijgt van vennootschap naar het recht van een lidstaat in de zin van art. 54 VWEU. Een dergelijke vennootschap behoort daardoor beschouwd te worden als te zijn opgericht naar het recht van een lidstaat in de zin van art. 2:333c BW.

Zet daarentegen een naar het recht van een EER-lidstaat opgerichte vennootschap zich om in een vennootschapsvorm van een niet-EER lidstaat, dan verliest deze vennootschap haar status van vennootschap in de zin van art. 54 VWEU. Redelijke wetsinterpretatie brengt dan – gezien de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling – mijns inziens mee dat deze vennootschap niet langer geldt als vennootschap die is opgericht naar het recht van een EER-lidstaat als bedoeld in art. 2:333c BW. Voor deze benadering pleit ook de tekst van art. 2:333b BW waarin wordt gesproken van een fusie met een vennootschap ‘naar het recht’ van een andere lidstaat.

## 7.2. *Toegelaten fusievarianten*

Art. 2:333c BW geeft aan welke fusievarianten ingevolge de wettelijke regeling zijn toegelaten. De verkrijgende vennootschap kan een vennootschap zijn naar Nederlands recht (‘inbound fusie’) of een vennootschap naar het recht van een andere lidstaat (‘outbound fusie’). Een van de partijen kan optreden als verkrijgende vennootschap (fusie door overneming) dan wel de verkrijgende vennootschap kan bij de fusie worden opgericht (fusie door oprichting). De rechtspraak van het Hof is mijns inziens interessant ten aanzien van twee

90 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen, PbEU van 25.11.2005, nr. L 310 (de ‘Richtlijn’).

91 Zie MvT, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 3, p. 11; NnavV, *Kamerstukken II* 30 929, nr. 7, p. 4-5.

92 Zie hierover nader W.J.M. van Veen, ‘Opgericht’ naar het recht van een lidstaat. Over de vestigingsvrijheid van voor vennootschappen die zijn opgericht buiten de EER, onder meer in relatie tot art. 2:333c BW, in: Ibili/Koppenol-Laforce/Zylinski, IPR in de spiegel van Paul Vlas, Kluwer, Deventer 20012, p. 229 e.v., waarvan een enigszins bekorte en geactualiseerde versie is opgenomen in TvOB 2013/1 getiteld: “Opgericht” naar het recht van een lidstaat ex art. 2:333c BW.

fusievarianten. Dit is ten eerste de fusie waarbij de fuserende vennootschappen opgaan in een bij de fusie op te richten vennootschap naar het recht van een andere lidstaat en ten tweede de fusie waarbij een verkrijgende vennootschap zich met het van kracht worden van de fusie omzet in een vennootschapsvorm van een andere lidstaat (een fusie door overneming met grensoverschrijdende omzetting).

Ten aanzien van de eerste variant merk ik op dat het Nederlandse recht hierin voorziet. Wordt gekozen voor een fusie door oprichting, dan mag de verkrijgende vennootschap bij de fusie worden opgericht naar het recht van een lidstaat naar keuze. Dit kan derhalve ook een lidstaat zijn waaruit geen van de fuserende vennootschappen afkomstig is (een voor alle fuserende vennootschappen outbound fusie derhalve). Een Nederlandse NV of BV kan ook verkrijgende vennootschap zijn bij een fusie tussen twee buitenlandse vennootschappen. De NV of BV is dan zelf geen partij bij de fusie maar wordt hierbij opgericht. Vanuit Nederlands perspectief is dan sprake van een inbound fusie.

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat deze vormen van fusie door oprichting ingevolge het Nederlandse recht weliswaar mogelijk zijn, maar dat zij ook moeten zijn toegelaten door het recht dat op de buitenlandse fuserende vennootschappen van toepassing is.<sup>93</sup> Naar ik aanneem wordt hier niet bedoeld op het feit dat de betrokken vennootschappen ingevolge hun nationale recht een fusie door oprichting kunnen aangaan,<sup>94</sup> maar dat volgens hun recht moet zijn toegelaten dat bij een grensoverschrijdende fusie de verkrijgende vennootschap in een andere lidstaat wordt opgericht. Het is de vraag hoeveel vrijheid de lidstaten hebben op dit punt.

Er vanuit gaande dat de beoogde lidstaat van ontvangst de fusie door oprichting kent, volgt mijns inziens uit de jurisprudentie van het Hof dat deze vormen van fusie binnen de reikwijdte van het recht op vrije vestiging vallen. Men kan mijns inziens zelfs betogen dat dit ook het geval is indien de fuserende vennootschappen uit één lidstaat afkomstig zijn en door middel van fusie een vennootschap willen oprichten in een andere lidstaat van ontvangst. De hieraan ten grondslag liggende redenering is dat uit art. 49 VWEU volgt dat als de eigen vennootschappen op deze wijze een vennootschap in de desbetreffende lidstaat kunnen oprichten, deze oprichtingsmogelijkheid ook moet worden geboden aan vennootschappen naar het recht van andere lidstaten. Eventuele restricties die de beoogde lidstaat van ontvangst stelt aan nationale fusies door oprichting, moeten dan ook bij deze fusie in acht worden genomen.<sup>95</sup> Een fusie zou bijvoorbeeld niet mogelijk kunnen blijken omdat naar het nationale recht van die lidstaat de fusie gezien de rechtsvormen van de fuserende vennootschappen<sup>96</sup> of de ontbinding van een hunner niet kan worden uitgevoerd.

<sup>93</sup> Zie MvT, Kamerstukken II 30 929, nr. 3, p. 11.

<sup>94</sup> Aangenomen mag worden dat Richtlijn 2011/35/EU adequaat is geïmplementeerd en alle lidstaten in hun nationale recht voorziet in de fusie door oprichting. Hiermee is niet gezegd dat dit voor alle ‘vennootschapsvormen’ het geval is.

<sup>95</sup> Zie het *Sevic*-arrest, r.o. 31 en dictum.

<sup>96</sup> Men bedenke hierbij dat het begrip vennootschap in de zin van art. 54 VWEU niet alleen kapitaalvennootschappen maar onder meer ook coöperaties, onderlingen en zelfs nijvere verenigingen en stichtingen omvat.

De andere fusievariant die ik noemde is de grensoverschrijdende ‘fusie door overneming’ waarbij een Nederlandse vennootschap zich met het van kracht worden van de fusie omzet in een buitenlandse equivalent. Deze fusievariant zou kunnen worden aangeduid als een fusie door overneming met outbound grensoverschrijdende omzetting. Ook de spiegelbeeldige figuur is denkbaar; de fusie door overneming waarbij een buitenlandse vennootschap als verkrijgende vennootschap optreedt en zich met het van kracht worden van de fusie omzet in een Nederlandse vennootschap (de fusie door overneming met inbound grensoverschrijdende omzetting). Aan deze varianten is bij het ontwerpen van de regeling niet,<sup>97</sup> of althans te laat, gedacht.<sup>98</sup>

Ten aanzien van deze fusievarianten geldt mijns inziens hetzelfde als ten aanzien van de eerste variant. De grensoverschrijdende omzetting moet kennelijk – zo blijkt uit het VALE-arrest – evenals de grensoverschrijdende fusie, Unierechtelijk worden geduid als een verrichting die leidt tot een oprichting in de zin van art. 49 VWEU. Dan is een logisch gevolg hiervan dat ook deze fusievariant binnen de reikwijdte van dat artikel valt. Indien ingevolge het nationale recht een verkrijgende vennootschap zich met het van kracht worden van de fusie kan omzetten in een andere rechtspersoonvorm, dan kan dit een vennootschap uit een andere lidstaat derhalve niet categorisch worden belet.

Ten aanzien van de mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusies waarbij een Nederlandse vennootschap is betrokken, leidt dit tot de volgende bevindingen. Aangezien een Nederlandse verkrijgende vennootschap zich met het van kracht worden van de fusie kan omzetten in een andere rechtsvorm, is een grensoverschrijdende fusie met inbound omzetting in een Nederlandse vennootschap in beginsel toegelaten. Dat de grensoverschrijdende fusie met outbound omzetting mogelijk was, volgt mijns inziens reeds uit het Cartesio-arrest.<sup>99</sup> Ook hierbij geldt vanzelfsprekend de restrictie dat de fusie, afgezien van de grensoverschrijdende dimensies, naar het recht van de fuserende vennootschappen moet zijn toegelaten.

Een belangrijk voordeel van de regeling voor grensoverschrijdende fusies is dat hiervoor een wettelijke regeling beschikbaar is. Weliswaar is dit geen paradepaardje als het gaat om consistentie, juistheid en begrijpelijkheid,<sup>100</sup> maar dit doet er niet aan af dat een wettelijke procedure is gegeven.<sup>101</sup> Deze procedure, die overigens veel overeenkomsten vertoont met de bovenbeschreven procedure, behoef ik daarom hier niet nader te bespreken.

Toch moeten ook bij deze procedure enkele kanttekeningen worden geplaatst. Zo moeten bij de grensoverschrijdende fusie in bepaalde gevallen onderhandelingen plaatsvinden met de werknemers van de fuserende vennootschappen.<sup>102</sup> In de

97 Zie hierover W.J.M. van Veen, Het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies, TvOB 2007, p. 72.

98 Zie Voorlopig Verslag VCvJ EK, *Kamerstukken I* 30 929, nr. B, p. 2. Op dit punt is als ik het goed heb gezien, niet is ingegaan door de minister.

99 Zie W.J.M. van Veen, a.w. (noot 4), p. 354.

100 Zie nader de bijdrage van Paul van de Bijl elders in deze bundel.

101 Overigens is de verzetstermijn bij toepassing van de grensoverschrijdende fusieregeling één maand korter dan bij de grensoverschrijdende omzetting. Dat is naar mijn mening geen probleem.

102 Voor de goede orde: bij zetelverplaatsing van een SE of SCE zijn deze regels niet van toepassing.

praktijk kunnen deze regels evenwel veelal buiten toepassing blijven. Ik verwijs hiervoor naar art. 2:333k BW. Overigens kunnen in de lidstaat van ontvangst andere regels gelden en bijvoorbeeld het raadplegen van vakbonden geboden zijn, hetgeen de fusieregeling onaantrekkelijk kan maken.

Een ander punt betreft het uittreedrecht van aandeelhouders. De regeling in art. 2:333h BW bepaalt dat aandeelhouders die tegen het fusievoorstel hebben gestemd, binnen een maand nadat het besluit is genomen, te kennen kunnen geven dat zij schadeloosstelling wensen te ontvangen voor hun aandelen. Deze aandelen vervallen dan met het van kracht worden van de fusie. Deze regeling geldt alleen voor het geval dat de Nederlandse vennootschap optreedt als verdwijnende vennootschap. Bij een grensoverschrijdende fusie door overneming met omzetting, treedt de Nederlandse vennootschap echter op als verkrijgende vennootschap. Naar de letter is daarom deze regeling niet van toepassing. Het is echter de vraag of deze regeling gezien haar strekking evengoed niet dient te worden toegepast. Als gevolg van de fusie worden immers de betrokken aandeelhouders aandeelhouder in een vennootschap beheerst door buitenlands recht.

Deze vraag vind ik moeilijk te beantwoorden. In het kader van de regeling voor de grensoverschrijdende zetelverplaatsing gaf de minister te kennen dat minderheidsaandeelhouders zich maar dienden te schikken naar het meerderheidsbesluit.<sup>103</sup> Voor aanvullende bescherming van de minderheidsaandeelhouders zag hij derhalve geen aanleiding. Dit standpunt werd ook ingenomen ten aanzien van de regeling betreffende de grensoverschrijdende fusie op grond van de SE-regeling, maar op dit standpunt is de wetgever bij de invoering van de regeling in de art. 2:333b e.v. teruggekomen, zonder dit ook ten aanzien van de grensoverschrijdende zetelverplaatsing te doen. Er is derhalve geen sprake van een consistent beeld. Desondanks neig ik er naar dat bij gebruikmaking van de fusieregeling een uittreedmogelijkheid moet worden ingebouwd.

De notaris die in voorkomende gevallen buiten de discussie wil blijven of het uittreedrecht wel of niet van toepassing is, zou als voorwaarde kunnen stellen dat hij alleen (vrijwillig) aan het totstandkomen van de fusie meewerkt als sprake is van unanimititeit. Ook gezien de vele haken en ogen die kleven aan de uittreedregeling is het beter om toepasselijkheid daarvan indien mogelijk te vermijden.

### 7.3. *Grensoverschrijdende fusie van andere dan kapitaalvennootschappen: het begrip 'vennootschap'*

De regeling in de art. 2:333b BW e.v. regelt alleen de grensoverschrijdende fusies waarbij een NV, SE, BV of SCE is betrokken. De jurisprudentie van het Hof heeft echter betrekking op vennootschappen in de zin van art. 54 VWEU, dat naast kapitaalvennootschappen onder meer ook coöperaties, onderlingen en nijvere verenigingen en stichtingen omvat. Dit impliceert dat ook deze rechtsvormen het recht op vrije vestiging toekomt en daarmee in beginsel grensoverschrijdend

<sup>103</sup> MvT, *Kamerstukken II* 29 309, nr. 3, p. 9, 13 en *Kamerstukken II* 30382, nr. 3, p. 3.

kunnen fuseren op grond van het Sevic-arrest (zie § 2). Het ligt voor de hand dat hierbij de wettelijke regeling betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen zoveel mogelijk analoog wordt toegepast.

Omdat de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie is gebaseerd op het Sevic-arrest, is van belang vast te stellen wat de reikwijdte is van dit arrest. De meningen daarover lopen uiteen. Er is een beperkte en ruime opvatting. In de beperkte opvatting ziet het Sevic-arrest slechts op de verplichting een inbound fusie toe te laten indien de lidstaat van de verdwijnende vennootschap de grensoverschrijdende fusie toelaat. Hiervoor is steun gevonden in r.o. 19 van het Sevic-arrest waarin het hof spreekt van het ‘eerbiedigen’ en r.o. 121-123 van Cartesio-arrest waarin het Hof zou hebben overwogen in het Sevic-arrest slechts sprake was van ‘erkenning’.<sup>104</sup> Hangt men de restrictieve opvatting aan dan zijn alleen inbound grensoverschrijdende fusies met dergelijke (niet-kapitaal)vennootschappen mogelijk, mits het recht van de verdwijnende vennootschap een outbound fusie toelaat.<sup>105</sup>

In de ruimere opvatting is het Sevic-arrest niet beperkt tot inbound fusies maar omvat het ook outbound fusies.<sup>106</sup> Hiervoor pleit dat in de desbetreffende rechtsoverweging in het Sevic-arrest in het algemeen wordt gesproken over de ‘eerbiediging’ van grensoverschrijdende fusies, zonder enige restrictie ten aanzien van de inbound of outbound variant of een koppeling aan de concrete casus. In het Cartesio-arrest wordt weliswaar gesproken over de erkenning van de grensoverschrijdende fusie als een vestigingshandeling van de verkrijgende vennootschap, maar dit is geplaatst in de context van het fundamentele punt waarop de casus in het Sevic-arrest zich onderscheidt van die in het Cartesio-arrest. Bij het Sevic-arrest stond immers niet ter discussie of sprake was van een vennootschap in de zin van art. 54 VWEU, die derhalve een beroep kon doen op art. 49 VWEU. Het Hof heeft in de genoemde overwegingen slechts duidelijk willen maken dat in Cartesio op dit punt een fundamenteel andere vraag aan de orde was, namelijk de vraag óf de vennootschap een beroep kon doen op art. 49 VWEU, nu zij de vereiste aanknopings met het recht van de lidstaat van oorsprong wenste te verbreken.

Een implicatie van de restrictieve benadering is dat lidstaten niet de eigen vennootschappen, maar wel vennootschappen uit andere lidstaten mogen beletten op te treden als verkrijgende vennootschap in een grensoverschrijdende fusie. Vennootschappen uit andere lidstaten zouden aldus door middel van een grensoverschrijdende fusie geen filiaal of dochteronderneming in de desbetreffende lidstaat kunnen verwerven. Dit, terwijl de eigen vennootschappen niet kan worden belet op die wijze wel een vestiging of dochtermaatschappij in een andere lidstaat te verkrijgen. Dit is niet goed verenigbaar met het principiële karakter van het recht op

<sup>104</sup> In deze zin P.M. Storm, a.w. (noot 22), p. 335; van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht, diss KUN 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 69 e.v.; H.J.M.M. van Boxel/G.J.C. Rensen, a.w. (noot 22), p. 453.

<sup>105</sup> Zie bijvoorbeeld H.J.M.M. Boxel a.w. (vorige noot), p. 78.

<sup>106</sup> Zie o.m. J.N. Schutte-Veenstra, a.w. (noot 26), p. 110-111; W.J.M. van Veen, a.w. (noot 3), p. 181-184; E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing op basis van de vrijheid van vestiging, WPNR 6792 (2009), p. 272 e.v.

vrije vestiging. Dat in het Sevic-arrest een restrictie tot inbound omzettingen zou zijn gelegen, ligt ook om deze reden niet voor hand.

Dit beeld wordt versterkt door het VALE-arrest, doordat daarin wordt benadrukt dat de grensoverschrijdende omzetting - waaronder zoals betoogd in § 4.2 het Hof mede de grensoverschrijdende fusie begrijpt - wordt aangemerkt als oprichtingshandeling in de zin van art. 49 VWEU. Aangezien de onderdanen van een lidstaat ook jegens de eigen lidstaat het recht op vrije vestiging kunnen invoeren,<sup>107</sup> leidt dit ertoe dat de deelname aan een outbound fusie – de deelname aan een ‘oprichting’ van een vennootschap in een andere lidstaat – valt onder de reikwijdte van art. 49 VWEU.<sup>108</sup> Dit vanzelfsprekend onder het voorbehoud dat de fusie afgezien van de grensoverschrijdende dimensie, naar het recht van de fuserende vennootschappen is toegelaten.

## 8. Grensoverschrijdende splitsingen

### 8.1. *Mogelijkheden tot grensoverschrijdende splitsing*

Door de verwijzing in het VALE-arrest naar het Sevic-arrest, laat het Hof er weinig twijfel over bestaan dat ook de splitsing behoort tot de verrichtingen die vallen onder het bereik van de vrijheid van vestiging. Ook splitsingen worden in het Sevic-arrest immers aangemerkt als omzettingen en daarmee als oprichting in de zin van art. 49 VWEU (Zie § 4). Ten aanzien van de splitsing naar een of meer bij de splitsing opgerichte vennootschappen behoeft het geen toelichting dat sprake is van de oprichting van een vennootschap. Men kan zich de vraag stellen of er op dit punt nog onderscheid moet worden gemaakt tussen de splitsing naar een of meer bij de splitsing opgerichte vennootschappen (‘splitsing door oprichting’) en de splitsing naar een of meer reeds bestaande vennootschappen (‘splitsing door overneming’).

Ten aanzien van de splitsing door oprichting behoeft geen twijfel te bestaan, aangezien een nieuwe vennootschap wordt opgericht. Bij de splitsing door overneming is dit niet het geval. Uit het VALE-arrest en het Sevic-arrest kan echter worden afgeleid dat het unierechtelijke oprichtingsbegrip niet beperkt is tot situaties waarin een nieuwe vennootschap wordt opgericht. Het unierechtelijke oprichtingsbegrip omvat mede de figuren waarbij onder algemene titel economische activiteiten van een vennootschap worden voortgezet door een andere vennootschap (zie § 4.2). Dit kan ook door middel van een juridische afsplitsing naar een bestaande vennootschap geschieden. Naar analogie met de fusie door overneming ligt het mijns inziens voor de hand dat ook de splitsing door overneming wordt aangemerkt als een vestigingstechniek in de zin van art. 49 VWEU.

---

<sup>107</sup> Zie o.m. *Daily Mail*-arrest, r.o. 16.

<sup>108</sup> Hierbij zij aangetekend dat bij een inbound fusie ook sprake kan zijn van vestiging in een andere lidstaat. Namelijk doordat daar een filiaal of dochteronderneming wordt verkregen.

Evenals bij de omzetting en fusie speelt bij de splitsing de kwestie welk recht bepalend is voor het antwoord op de vraag of een bepaalde splitsingsvariant is toegelaten (zie § 6.1). Het ligt naar mijn mening voor hand om op dit punt aansluiting te zoeken bij hetzelfde uitgangspunt dat thans wordt aangenomen ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie: een grensoverschrijdende splitsing kan alleen worden uitgevoerd indien en voor zover het recht dat op de splitsende en de verkrijgende vennootschap van toepassing is, deze figuur in een nationale context kennen. Deze rechtstelsels bepalen de werkingsvoorwaarden van de splitsende en de verkrijgende vennootschap en, bij een splitsing door oprichting, de oprichting van de verkrijgende vennootschap. Dit brengt mee dat de lidstaten, evenals bij de grensoverschrijdende fusie, met weglating van de grensoverschrijdende dimensie geen andere splitsingsvarianten behoeven toe te laten dan in een nationale context zouden zijn toegestaan.

Een aandachtspunt hierbij is dat zoals hierboven is besproken in § 4.3, het Hof in het VALE-arrest benadrukt dat een verrichting alleen valt onder de reikwijdte van art. 49 VWEU indien sprake is van de werkelijke uitoefening van economische activiteiten door middel van een duurzame vestiging in de lidstaat van ontvangst. Dit zou meebrengen dat een grensoverschrijdende splitsing onder de reikwijdte van art. 49 VWEU valt, indien vanuit de optiek van de splitsende of (bij splitsing door overname) de verkrijgende vennootschap een vestiging of dochteronderneming in een andere lidstaat wordt verkregen. Indien bijvoorbeeld een Duitse vennootschap een Duitse onderneming heeft, zou een afsplitsing hiervan naar een bestaande Nederlandse vennootschap mogelijk dienen te zijn. Vanuit de optiek van de Nederlandse vennootschap is immers sprake van een verrichting waardoor zij zich vestigt in Duitsland.

Onder de vestigingstechnieken valt ook het verkrijgen van een dochteronderneming, aldus art. 49 VWEU. Dit impliceert dat ook de grensoverschrijdende splitsing waarbij een dochteronderneming in een andere lidstaat wordt verkregen binnen de reikwijdte van het recht op vrije vestiging valt. Ik noem bijvoorbeeld de afsplitsing van de aandelen in het kapitaal van een dochter BV door een Nederlandse rechtspersoon naar een Belgische vennootschap. Een ander voorbeeld is de afsplitsing door een Nederlandse rechtspersoon van een in Duitsland gelegen onderneming naar een 100% Duitse dochtervennootschap. Deze splitsing kan mijns inziens vanuit de optiek van de afsplitsende vennootschap als vestigingshandeling worden gezien. Hoewel de onderneming zich reeds in Duitsland bevindt, kan immers worden betoogd dat de ‘omzetting’ door afsplitsing het gemakkelijker maakt om aan het economisch leven in Duitsland deel te nemen onder dezelfde voorwaarden als die gelden voor nationale ‘marktdeelnemers’. Vgl. § 6.1.

Volgt men deze redenering dan lijkt afsplitsing naar een bij de splitsing op te richten BV niet zonder meer als vestigingshandeling te kunnen worden aangemerkt. Stel bijvoorbeeld dat een Duitse vennootschap een in Duitsland gevestigde – en daar te continueren - onderneming wenst af te splitsen naar een bij de splitsing op te richten Nederlandse BV. De enige vennootschap in de zin van art. 54 VWEU die in deze casus een beroep zou kunnen doen op art. 49 VWEU is dan de Duitse

splitsende vennootschap. En deze pleegt in de geschetste casus geen vestigings-handeling in Nederland: er worden immers geen werkelijke economische activiteiten ontplooid of beoogd in Nederland.

Ik betwijfel daarom of deze afsplitsingsvariant met toepassing van art. 49 VWEU jo. art. 54 VWEU kan worden uitgevoerd. Tot praktische problemen hoeft dit overigens niet leiden aangezien de Nederlandse vennootschap eerst op reguliere wijze zou kunnen worden opgericht om vervolgens als verkrijgende vennootschap bij de grensoverschrijdende afsplitsing op te treden. Het gegeven dat de Nederlandse vennootschap geen werkelijke economische band heeft met Nederland, doet er immers – zo blijkt uit het Centros-arrest (zie § 2) – niet aan af dat zij zich op het recht op vrije vestiging kan beroepen.

## 8.2. Procedure en voorschriften

De uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing omvat vele facetten die hier niet uitgebreid aan de orde kunnen komen.<sup>109</sup> Ik beperk mij in deze paragraaf tot hoofdlijnen. Bij gebreke aan een regeling voor grensoverschrijdende splitsingen, ligt het voor de hand om bij de uitvoering van een grensoverschrijdende splitsing aansluiting te zoeken bij de regeling voor nationale splitsingen. Het leidt weinig twijfel dat, in navolging van wat geldt ten aanzien van grensoverschrijdende fusies, de betrokken vennootschap of vennootschappen de voor hen geldende pre-splitsingsvoorschriften moeten naleven. In deze regeling is echter met een grensoverschrijdende dimensie geen rekening gehouden. Teneinde de procedure en voorschriften hierop af te stemmen, kan inspiratie worden opgedaan in de regeling omtrent grensoverschrijdende fusies. Hierin is aanvullende informatie opgenomen ten aanzien van onder meer de inhoud van het fusievoorstel (art. 2:333d BW), de kennisgeving van het voornemen tot fusie (art. 2:333e BW) en het ter inzage leggen van het voorstel (art. 2:333f BW). Deze aanvullingen lenen zich voor toepassing op een grensoverschrijdende splitsing.

De splitsing wordt voltooid door een notariële akte (art. 2:334n BW). Aangezien deze regel anders dan bij een outbound fusie, bij een grensoverschrijdende splitsing niet terzijde wordt gesteld, moet mijns inziens worden aangenomen dat dit vereiste zowel ten aanzien van een inbound als ten aanzien van een outbound splitsing geldt. Een punt van aandacht hierbij is dat ingevolge art. 2:334n BW met het passeren van de akte ook het moment van effectief worden van de splitsing is bepaald. De splitsing wordt naar Nederlands recht effectief met ingang van de dag na de dag van het verlijden van de akte. In andere lidstaten geldt niet zelden dat inschrijving in het daartoe bestemde register een voorwaarde is voor het effectief worden van de splitsing. Het moment waarop de splitsing ingevolge het nationale recht effectief wordt, kan aldus bij een grensoverschrijdende splitsing gemakkelijk uiteenlopen.

De behoefte aan geharmoniseerde regels dringt zich op dit punt nadrukkelijk op. Het Unierecht en analoge toepassing van art. 2:333i BW bieden op zichzelf wel

<sup>109</sup> De geïnteresseerde lezer verwijs ik naar E.R. Roelofs, a.w. (noot 106), m.n. p. 277 e.v.



aanknopingspunten voor het standpunt dat het recht van de verkrijgende vennootschap bepalend dient te zijn voor de wijze en het moment waarop de splitsing effectief wordt. Neemt men als uitgangspunt dat de splitsing leidt tot een ‘oprichtingshandeling’ in de lidstaat van ontvangst, dan ligt voor de hand dat het recht van de lidstaat van ontvangst bepalend is (zie ook § 6.1). Onzekerheid op dit punt is niettemin onwenselijk. In het tijdperk van vóór de implementatie van de tiende richtlijn wist de praktijk zich echter veelal wel te redden door het aldus te registreren dat de fusie naar het recht van de betrokken lidstaten gelijktijdig van kracht werd. Dit zal ten aanzien van de grensoverschrijdende splitsing niet anders zijn.

De akte van splitsing zal ook moeten worden voorzien van een voetverklaring. Zo er een buitenlandse vennootschap partij is bij de splitsing, kan de notaris zich voor wat betreft de buitenlandse pre-splitsingsformaliteiten verlaten op een attest van de daartoe aangewezen instantie of autoriteit in de desbetreffende lidstaat. De vraagstukken waartoe het ontbreken van harmonisatie op dit punt kan leiden, zijn reeds aan de orde geweest bij de behandeling van de grensoverschrijdende omzetting (§ 6.2).

## 9. Afronding

In deze bijdrage is in hoofdlijnen uiteengezet welke implicaties de jurisprudentie van het Hof heeft voor de mogelijkheden en beperkingen om grensoverschrijdende herstructureringen uit te voeren. Duidelijk is dat er op dit punt veel meer mogelijk is dan wettelijk is geregeld. Het ontbreken van een wettelijke regeling kan in de praktijk tot lastige vraagstukken leiden. Ik noem bijvoorbeeld de positie van aandeelhouders die tegen de grensoverschrijdende omzetting (fusie, splitsing, omzetting) zijn, waarbij zij aandelen zouden verkrijgen in de desbetreffende buitenlandse vennootschap. Moet aan hen, net als bij de outbound fusie op grond van art. 2:333h BW een uittreedrecht worden toegekend? Het helpt niet dat de Nederlandse wetgeving op dit punt niet consistent is.<sup>110</sup> Vergelijkbare kwesties doen zich voor ten aanzien van de bescherming van crediteuren en houders van beperkte rechten op aandelen in het kapitaal van de betrokken vennootschap(pen), werknemers van de betrokken vennootschap(pen) en in voorkomende gevallen een beklemd vermogen in de zin van art. 2:18 BW.

<sup>110</sup> Zo wordt bij een grensoverschrijdende zetelverplaatsing op grond van de SE- en SCE-verordening geen uittreedrecht toegekend, evenmin als bij een grensoverschrijdende fusie op grond van deze verordeningen: zie m.b.t. zetelverplaatsing art. 5 Uitvoeringswet SE en art. 6 Uitvoeringswet SCE. In het voorontwerp van een regeling voor de grensoverschrijdende omzetting wordt weliswaar voorzien in een uittreedregeling, maar (helaas) weer met een afwijkende systematiek ten opzichte van de uittreedregeling bij omzetting, fusie, splitsing en grensoverschrijdende fusie. Zie art. 334vv. Zie m.b.t. grensoverschrijdende fusie art. 7 Uitvoeringswet SE en art. 9 Uitvoeringswet SCE, waarover o.m. A.F.J.A. Leijten, Het uittreedrecht voor aandeelhouders volgens het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies (30 939), *Ondernemingsrecht* 2007-8, p. 307; P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, diss. RUG, Kluwer 2010, p. 410; H.J.M.M. van Boxel, a.w. (noot 89), § 5.14; W.J.M. van Veen (e.a.), *De Europese Naamloze Vennootschap (SE)*, 2<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer 2012, § 3.3.1.

Mijns inziens zou de notaris in dat geval zijn medewerking afhankelijk kunnen stellen en wellicht moeten stellen van het treffen van bevredigende maatregelen. Daarvoor bestaan vaak wel mogelijkheden (zie nader § 6). Het behoeft echter geen betoog dat het de voorkeur geniet dat wordt gestreefd naar een wettelijke regeling voor de grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting waarin de bovenstaande thema's worden vervat. Dit biedt een mooie gelegenheid om wat meer lijn te brengen in de huidige regelingen.

# Vennootschapsrechtelijke wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings; wenselijke ontwikkelingen

mr. P.C.S. van der Bijl<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het onderwerp grensoverschrijdende mobiliteit is de afgelopen jaren steeds meer in de belangstelling komen te staan, zowel vanuit de praktijk als vanuit de (Europese en nationale) wetgever. Een groeiende behoefte vanuit het bedrijfsleven aan efficiënte manieren om ook over grenzen heen te kunnen herstructureren heeft – vooral in het afgelopen decennium – geleid tot nieuwe regels en rechtsvormen op het gebied van grensoverschrijdende mobiliteit. Daarnaast heeft de reeks arresten die door het Europese Hof van Justitie zijn gewezen inzake de vrijheid van vestiging<sup>2</sup> een belangrijke bijdrage geleverd aan de evolutie van dit rechtsgebied.

Hieronder zal ik inventariseren wat de huidige stand van zaken is van de Nederlandse wetgeving en conceptwetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructurerings (*wat hebben we?*). Vervolgens zal de vraag aan de orde komen of die (concept)wetgeving aansluit bij de behoeften van de praktijk (*werkt het?*). Die vraag zal ik beantwoorden aan de hand van enkele voorbeelden, waarbij ik zal aangeven op welke wijze het vennootschapsrecht aanpassing (*wat moet er anders?*) of aanvulling (*wat ontbreekt er?*) behoeft ter bevordering van grensoverschrijdende mobiliteit. Ik zal afsluiten met een korte uiteenzetting over de toekomstverwachtingen voor wat betreft de wetgeving op dit gebied (*wat kunnen we verwachten?*).

---

<sup>1</sup> Mr. P.C.S. van der Bijl is kandidaat-notaris bij NautaDutilh te Amsterdam.

<sup>2</sup> Zie hierover ook de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel.

## 2. Wat hebben we?

### 2.1. (Rijks)wetten inzake zetelverplaatsing

Er bestaan drie wetten die de mogelijkheid bieden tot zetelverplaatsing ingeval van oorlog, onmiddellijk oorlogsgevaar, revolutie of daarmee vergelijkbare buitengewone omstandigheden:

- a. Op grond van de Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen kunnen de ministers van Justitie en Financiën (indien de belangen van het Koninkrijk dat vereisen) worden gemachtigd om de vestigingsplaats van een in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gevestigde maatschap, vennootschap, vereniging, stichting, fonds of privaatrechtelijke instelling te verplaatsen binnen het Koninkrijk (waaronder derhalve begrepen de BES-eilanden<sup>3</sup> als openbare lichamen van Nederland).<sup>4</sup> In principe heeft dit als gevolg dat de betreffende entiteit de status verkrijgt van een entiteit die is opgericht onder het recht van het deel van het Koninkrijk waarnaar de zetel is verplaatst.<sup>5</sup>
- b. De Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen staat toe dat een in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gevestigde naamloze of besloten vennootschap haar zetel verplaatst naar een ander land binnen het Koninkrijk (wederom met inbegrip van de BES-eilanden).<sup>6</sup> Een dergelijke zetelverplaatsing behoeft de toestemming van of bekrachtiging door de betreffende minister van Justitie en heeft als gevolg dat de betrokken vennootschap de status verkrijgt van een vennootschap onder het recht van het deel van het Koninkrijk waarnaar de zetel is verplaatst.<sup>7</sup>
- c. Ten slotte kan een naamloze of besloten vennootschap, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting op grond van de Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen de zetel overbrengen naar een plaats buiten het Koninkrijk, al dan niet met omzetting in een rechtspersoon onder het recht van het land waarnaar de zetel is verplaatst.<sup>8</sup>

### 2.2. De (uitvoeringswetten van) Europese Verordeningen

Naast voornoemde (rijks)wetten inzake zetelverplaatsing in ‘oorlogstijd’, bestaat er een aantal Europese Verordeningen waarbij Europese rechtsvormen in Nederland werden geïntroduceerd. Deze Verordeningen (met de daarbijbehorende uitvoeringswetten) leverden een belangrijke bijdrage aan de wijze waarop binnen Europa grensoverschrijdend kan worden geherstructureerd.

---

<sup>3</sup> Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

<sup>4</sup> Art. 1 en 2 Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen.

<sup>5</sup> Art. 6 lid 1 Rijkswet zetelverplaatsing door de overheid van rechtspersonen en instellingen.

<sup>6</sup> Algemene bepaling lid 1 en art. 1 lid 1 Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen.

<sup>7</sup> Algemene bepaling lid 2 en art. 3 lid 1 Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen.

<sup>8</sup> Art. 1 en 2 lid 2 Wet vrijwillige zetelverplaatsing derde landen.

De eerste van deze Verordeningen zag op de introductie van het Europees economisch samenwerkingsverband (EESV). Sinds de inwerkingtreding van de EESV-Verordening<sup>9</sup> kunnen bepaalde natuurlijke personen en entiteiten uit verschillende lidstaten van de Europese Unie de handen ineen slaan door een EESV te vormen. De EESV kan haar zetel binnen de Europese Unie verplaatsen. Daarnaast wordt door de bijbehorende uitvoeringswet<sup>10</sup> aan coöperaties de mogelijkheid geboden om zich om te zetten in een EESV.<sup>11</sup> Hoewel dit destijds een mooie en vooruitstrevende noviteit was (de EESV was de eerste communautaire rechtsvorm en bood coöperaties de eerste mogelijkheid om grensoverschrijdend te herstructureren), lijkt de EESV in Nederland inmiddels in afnemende mate populariteit te genieten.<sup>12</sup>

Wellicht is dat te verklaren door de mogelijkheden die werden gecreëerd toen de SE-Verordening<sup>13</sup> in werking trad.<sup>14</sup> Deze Verordening en de bijbehorende uitvoeringswet<sup>15</sup> faciliteren dat bepaalde vennootschappen in de Europese Economische Ruimte (EER) op een aantal verschillende manieren een Europese vennootschap (SE) kunnen oprichten, waaronder door omzetting en door het aangaan van een grensoverschrijdende fusie.<sup>16</sup> Eenmaal opgericht, dan kan de SE haar zetel binnen de EER verplaatsen. Een en ander maakt de SE een aantrekkelijk vehikel om grensoverschrijdend te herstructureren; dat gold temeer in de periode voordat het SEVIC arrest<sup>17</sup> was gewezen, aangezien de SE-Verordening het eerste wettelijk raamwerk bood voor het aangaan van een grensoverschrijdende fusie.

De SCE-Verordening<sup>18</sup> en de bijbehorende uitvoeringswet<sup>19</sup> vertonen qua opzet veel gelijkenissen met de hierboven genoemde SE-wetgeving. Aan coöperaties worden daarmee soortgelijke mogelijkheden geboden in het kader van grensoverschrijdende mobiliteit als voorheen slechts openstonden aan (naamloze) vennootschappen.

9 Verordening (EEG) Nr. 2137/85 van de Raad van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV).

10 Wet van 28 juni 1989, houdende uitvoering van de Verordening nr. 2137/85 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (PbEG L 199/1).

11 Opvallend is dat, hoewel art. 8 lid 1 van genoemde uitvoeringswet uitdrukkelijk voorziet in een dergelijke omzetting, de EESV-Verordening zwijgt over omzetting in een EESV. Zie hierover B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging*, Deventer: Kluwer 2010, p. 284 e.v.

12 Data: LIBERTAS – Europäisches Institut, <http://www.libertas-institut.com>

13 Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

14 Hoewel er minder SE's dan EESV's blijken te bestaan die hun zetel in Nederland hebben (op 17 januari 2013 waren dat er 47 ten opzichte van 130). Data: LIBERTAS – Europäisches Institut (zie voetnoot 12).

15 Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap.

16 Art. 2 SE-Verordening bepaalt welke vennootschappen op welke wijze(n) een SE kunnen oprichten. De mogelijkheid tot omzetting of fusie in een SE staat daarbij slechts open aan naamloze vennootschappen, maar in de praktijk wordt dat niet als een onoverkomelijk bezwaar ervaren; omzetting van een besloten vennootschap (of een andere rechtspersoon) in een naamloze vennootschap is doorgaans immers relatief eenvoudig. Zie ook D. van Gerven en P. Storm (red.), *The European Company (Volume 1)*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 7.

17 HvJEU 13 december 2005, zaak C-411/03.

18 Verordening van de Raad (EG) Nr. 1435/2003 van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).

19 Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap.

Niettemin is de Europese coöperatieve vennootschap (SCE) in heel Europa een zelden gebruikte rechtsvorm gebleven.<sup>20</sup>

### 2.3. Grensoverschrijdende fusie en omzetting

De meest recente toevoeging aan de Nederlandse wetgeving in het kader van grensoverschrijdende herstructurerings is afdeling 3A van titel 7 van Boek 2 BW inzake grensoverschrijdende fusies tussen kapitaalvennootschappen ter implementatie van de Tiende Richtlijn.<sup>21</sup> De implementatie van deze Richtlijn was enigszins mosterd na de maaltijd, omdat de praktijk de wetgever reeds had ingehaald toen genoemde afdeling van kracht werd; er hadden op dat moment al regelmatig grensoverschrijdende fusies plaatsgevonden.<sup>22</sup> Niettemin is het een belangrijk onderdeel van de Nederlandse wetgeving geworden omdat hiermee wordt voorzien in de behoefte aan een juridisch raamwerk voor deze vorm van grensoverschrijdende mobiliteit.

In het kader van de grensoverschrijdende omzetting<sup>23</sup> bestaat er nog geen Europese Richtlijn<sup>24</sup> maar is er wel een wetgevingsinitiatief genomen door de Commissie Vennootschapsrecht. Op 12 februari 2012 zond de Commissie aan de minister van Veiligheid en Justitie<sup>25</sup> in reactie op het Cartesio arrest<sup>26</sup> (het VALE arrest<sup>27</sup> was destijds nog niet geweest) een conceptwetsvoorstel inzake de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen,<sup>28</sup> (hierna: het “Conceptwetsvoorstel”)

20 Medio 2012 waren er in Europa 25 SCEs opgericht. Als reden voor de impopulariteit van de SCE worden genoemd de complexiteit van en de strenge eisen die worden voorgeschreven door de SCE-Verordening. Zie de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, *Actieplan: Europees vennootschapsrecht en corporate governance – een modern rechtskader voor meer betrokken aandeelhouders en duurzamere ondernemingen*, 12 december 2012, COM(2012) 740 final, p. 15.

21 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.

22 In die gevallen werden de nationale fusieregels van de betrokken lidstaten cumulatief toegepast. In de periode tussen de vaststelling van de Tiende Richtlijn en de implementatie ervan werden in de praktijk zekerheidshalve vaak ook de regels nageleefd die uit die Richtlijn voortvloeien. Een spraakmakend en in de literatuur regelmatig aangehaald voorbeeld van een grensoverschrijdende fusie die werd verricht voorafgaand aan de implementatie van de Tiende Richtlijn is die tussen ArcelorMittal S.A. en Mittal Steel Company N.V.

23 Een grensoverschrijdende *zetelverplaatsing* moet worden onderscheiden van een grensoverschrijdende *omzetting*. Ter illustratie, indien een entiteit haar zetel verplaatst naar een andere lidstaat dan is er, uiteraard, sprake van een zetelverplaatsing. Wordt bovendien de rechtsvorm van die entiteit ter gelegenheid van de zetelverplaatsing gewijzigd in een rechtsvorm onder het recht van de lidstaat waarnaar de zetel wordt verplaatst, dan is er sprake van een grensoverschrijdende omzetting.

24 Het Europees Parlement heeft de Europese Commissie opgeroepen om op basis van een zevental gedetailleerde aanbevelingen een voorstel voor een (Veertiende) Richtlijn voor te bereiden, maar dat is tot op heden niet gebeurd. Zie de resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 (2011/2046(INI)). In de daaropvolgende reactie van de Europese Commissie van 18 april 2012 (SP(2012)260/2) werd aangegeven dat dit onderwerp deel uitmaakt van de overwegingen van de Commissie over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht (zie § 6), maar een concreet actiepunt werd niet aangekondigd.

25 Verwijzingen naar “de minister” in het vervolg van deze bijdrage zijn naar de minister van Veiligheid en Justitie.

26 HvJEU 16 december 2008, zaak C-210/06.

27 HvJEU 12 juli 2012, zaak C-378/10.

28 <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/01/12/wetsvoorstel-grensoverschrijdende-omzetting-van-kapitaalvennootschappen.html>

met een bijbehorende toelichting.<sup>29</sup> Het Conceptwetsvoorstel is primair gericht op het faciliteren van de omzetting van een naamloze of besloten vennootschap in een kapitaalvennootschap onder het recht van een andere lidstaat<sup>30</sup> of in een naamloze of besloten vennootschap onder het recht van een van de BES-eilanden (en vice versa).

### 3. Werkt het?

Nu de Nederlandse wetgeving en conceptwetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringsin kaart is gebracht, kan worden bezien of deze regelingen voor de praktijk werkbaar (zullen) zijn, aangenomen dat het Conceptwetsvoorstel in zijn huidige vorm tot wet wordt verheven.

Als men deze (concept)wetgeving in haar geheel beziet, dan valt in eerste instantie op dat het rechtsgebied is uitgegroeid tot een lappendeken van allerhande regelingen die onafhankelijk van elkaar en, voor een groot deel, als ad hoc reacties op het Europese wetgevingsproces tot stand zijn gekomen.<sup>31</sup> Het gevolg hiervan is niet alleen dat het rechtsgebied onoverzichtelijk is geworden, maar ook – zoals hierna zal blijken – dat de (concept)wetgeving op bepaalde punten lacuneus, onduidelijk, inconsistent en soms zelfs tegenstrijdig is. Ik zal dat illustreren aan de hand van een aantal onderwerpen waar verbetering of aanvulling nodig is om tot een voor de praktijk (beter) werkbaar regeling te komen. Daarbij zal ik mij beperken tot een selectie van gebreken die voortkomen uit de bepalingen inzake de grensoverschrijdende fusie en de voorgestelde regelingen in het Conceptwetsvoorstel, aangezien dat mijns inziens voor de praktijk de meest relevante en actuele onderwerpen zijn.

### 4. Wat moet er anders?

#### 4.1. Verschrijvingen

Allereerst verdient het opmerking dat de (concept)wetgeving op bepaalde punten slordig is geredigeerd. Twee voorbeelden daarvan zijn te vinden in (a) art. 2:333c lid 2 BW waarin wordt verwezen naar een grensoverschrijdende fusie met *een* coöperatieve vennootschap die is opgericht naar het recht van *een of meer* lidstaten (in plaats van *een of meer* coöperatieve vennootschappen opgericht naar het recht

29 <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/02/12/memorie-van-toelichting-grensoverschrijdende-omzetting-van-kapitaalvennootschappen.html>

30 Verwijzingen naar lidstaten in het vervolg van deze bijdrage zijn naar lidstaten van de EU of de EER.

31 Vgl. W.J.M. van Veen, Vestigingsklimaat en de restricties in nationale wetgeving met betrekking tot grensoverschrijdende zetelverplaatsing, fusie en splitsing, in: G.F. Boulogne/L.J.A. Pieterse, Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen, ZIFO reeks dl. 6, Deventer, Kluwer 2012, p. 166-181. Zie voor een kritische beschouwing over het reactieve wetgevingsproces en de staat van het Nederlandse ondernemingsrecht in het algemeen: G.J.H. van der Sangen en D.F.M.M. Zaman, 'Ondernemingsrecht, quo vadis?', *TvOB* 2012-6, p. 156 e.v.

van een andere lidstaat)<sup>32</sup> en (b) art. 2:333k lid 1 BW waarin een onjuiste citeertitel wordt gehanteerd voor de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen.<sup>33</sup>

Hoewel er geen misverstand kan bestaan over de toepassing van deze bepalingen, getuigen dergelijke verschrijvingen van onzorgvuldigheid. Het lijkt me verstandig om dit bij de eerste gelegenheid te herstellen.

#### 4.2. *Aankondiging van een grensoverschrijdende fusie*

Op grond van art. 2:314 lid 3 BW moet, kort gezegd, een nationale fusie worden aangekondigd in een Nederlands dagblad. Een grensoverschrijdende fusie moet op grond van art. 2:333e BW worden aangekondigd in de Staatscourant en daarbij wordt art. 2:314 lid 3 BW (betreffende de aankondiging in een Nederlands dagblad) uitdrukkelijk buiten toepassing verklaard. Het heeft er derhalve alle schijn van dat de wetgever een publicatie in de Staatscourant afdoende acht bij een grensoverschrijdende fusie, maar schijn bedriegt in dit geval. De wetgever heeft getracht om tot uitdrukking te brengen dat de gegevens die moeten worden aangekondigd in de Staatscourant, niet ook in een Nederlands dagblad hoeven te worden herhaald. Hoewel de wettekst expliciet anders bepaalt, was het *niet* de bedoeling om art. 2:314 lid 3 BW geheel buiten toepassing te verklaren. Een en ander volgt uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:333e BW; daarin erkent de minister dat het beter was geweest om zijn intenties duidelijker te formuleren, maar spreekt hij niettemin de verwachting uit dat de praktijk geen problemen zal ervaren in de toepassing van deze regelingen.<sup>34</sup>

Ik deel de opvatting van de minister niet. De wettekst is op dit punt klaarblijkelijk in strijd met de bedoeling ervan. Een jurist moet een meer dan gedegen kennis hebben van dit specifieke onderwerp om een onjuiste aankondiging van een grensoverschrijdende fusie te kunnen voorkomen. Aanpassing van art. 2:333e BW lijkt mij derhalve geboden.

#### 4.3. *Het bieden van vervanging voor een pandrecht of vruchtgebruik bij grensoverschrijdende fusie*

Art. 2:319 BW schrijft voor dat ingeval van een fusie waarbij een pandrecht of vruchtgebruik rust op aandelen in, of een lidmaatschap van, een verdwijnende

32 Zie overigens over het begrip ‘opgericht’ naar het recht van een lidstaat in het kader van grensoverschrijdende mobiliteit: W.J.M. van Veen, ‘Opgericht’ naar het recht van een lidstaat ex art. 2:333c BW, *TvOB* 2013-1, p. 24 e.v.

33 De wet wordt aangehaald onder haar oude naam Wet rol werknemers bij de Europese vennootschap. Overigens wordt deze fout herhaald door de Commissie vennootschapsrecht in art. 2:334tt Conceptwetsvoorstel, waarin bovendien wordt verwezen naar een niet bestaand onderdeel van de onjuist geciteerde wet.

34 *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, C, p. 3-4.



rechtspersoon (a) dat recht overgaat op hetgeen daarvoor in de plaats treedt<sup>35</sup> of (b) indien daarvoor niets in de plaats treedt<sup>36</sup> het verdwenen recht moet worden vervangen door een door de verkrijgende rechtspersoon te verschaffen gelijkwaardig alternatief.<sup>37</sup> Deze bepaling is niet ontleend aan Europese regelgeving; het betreft een nationale bepaling van zaaksvervanging.<sup>38</sup> Niettemin is dit artikel eveneens van toepassing ingeval van een grensoverschrijdende fusie.<sup>39</sup> Als gevolg daarvan kunnen zich complicaties voordoen waar de wetgever aan voorbij is gegaan.

Indien er sprake is van een *outbound* fusie<sup>40</sup> is het allereerst de vraag of (en zo ja, in hoeverre) toepassing van art. 2:319 BW rechtsgevolg kan hebben. In theorie zou het rechtsgevolg moeten zijn dat ofwel (a) de desbetreffende aandelen in de (niet-Nederlandse) verkrijgende vennootschap op grond van Nederlands recht worden bezwaard met een pandrecht of vruchtgebruik dan wel (b) de (niet-Nederlandse) verkrijgende vennootschap door Nederlands recht de verplichting opgelegd krijgt om een gelijkwaardig alternatief te bieden voor verloren gegane rechten. In beide gevallen zou de Nederlandse wet daarmee inbreuk maken op het rechtsstelsel van de lidstaat waaronder de verkrijgende vennootschap ressorteert, hetgeen mij onverenigbaar lijkt met het soevereiniteitsbeginsel. In het eerste geval zou er bovendien sprake zijn van vestiging van een beperkt recht op grond van een Nederlandsrechtelijke bepaling op aandelen die, behoudens een enkele uitzondering,<sup>41</sup> niet onderworpen zijn aan het Nederlandse goederenrechtelijke regime; dat lijkt mij een doorbreking van het Nederlandse internationaal goederenrecht.<sup>42</sup> Kortom, hoewel art. 2:319 BW van toepassing wordt verklaard bij grensoverschrijdende fusies, kan toepassing ervan bij een *outbound* fusie in beginsel geen rechtsgevolg hebben naar mijn mening.

Bij een *inbound* fusie<sup>43</sup> doet zich een andere vraag voor, namelijk of art. 2:319 BW bij wijze van analogie toegepast moet worden wanneer het buitenlandse equivalent

35 In de regel zijn dat de aandelen of lidmaatschappen in de verkrijgende rechtspersoon die in het kader van de fusie worden toegekend aan de betreffende aandeelhouders of leden van de verdwijnende rechtspersoon.

36 Zoals bijvoorbeeld ingeval van een vereenvoudigde moeder-dochter of zusterfusie; zie de art. 2:311 lid 2 BW juncto 2:333 BW.

37 Art. 2:319 is van overeenkomstige toepassing op beperkte rechten die zijn gevestigd op bijzondere rechten jegens een verdwijnende vennootschap zoals bedoeld in art. 2:320 BW; zie art. 2:320 lid 3 BW. Ik laat dit gemakshalve buiten beschouwing.

38 P.J. Dortmond en M.J.G.C. Raaijmakers, *De juridische fusie naar wordend recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 55.

39 Art. 2:308 lid 3 BW.

40 Daaronder versta ik een grensoverschrijdende fusie waarbij een niet-Nederlandse vennootschap de verkrijgende vennootschap is.

41 Van Boxel maakt in dit verband (terecht) een onderscheid tussen aandelen op naam, aandelen aan toonder en giraal overdraagbare effecten vanwege de verschillende goederenrechtelijke regimes die door Boek 10 BW van toepassing worden verklaard op deze soorten effecten. Hij beargumenteert dat in bepaalde gevallen ook effecten die zijn uitgegeven door een niet-Nederlandse vennootschap beheerst kunnen worden door Nederlands recht en dat daarop derhalve van rechtswege een (Nederlands) pandrecht of vruchtgebruik kan ontstaan op grond van art. 2:319 BW. Zie H.J.M.M. van Boxel, *Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 156-157.

42 Zie de art. 10:138 tot en met 10:141 BW.

43 Daaronder versta ik een grensoverschrijdende fusie waarbij een Nederlandse vennootschap de verkrijgende vennootschap is.

van een pandrecht of vruchtgebruik rust op aandelen in een niet-Nederlandse verdwijnende vennootschap.<sup>44</sup> Een letterlijke lezing van het artikel leidt tot een ontkennend antwoord. Er wordt immers uitdrukkelijk verwezen naar een pandrecht of vruchtgebruik en niet ook naar een daarmee vergelijkbaar recht onder een ander rechtsstelsel. Het is echter de vraag of de ratio van deze bepaling tot een ruimere toepassing noopt. Zoals hierboven is weergegeven, is art. 2:319 BW weliswaar een nationale bepaling van zaaksvervanging, maar de gedachte erachter is dat beperkt gerechtigden geen nadeel van een fusie zouden mogen ondervinden.<sup>45</sup> Met het oog op die beschermingsgedachte lijkt het enigszins onrechtvaardig om bij een *inbound* fusie de houders van een niet-Nederlands recht dat vergelijkbaar is met een pandrecht of vruchtgebruik onbeschermd te laten door de werking van art. 2:319 BW. Uiteraard zal de huidige redactie van dit artikel geen obstakel vormen indien de verkrijgende vennootschap (met het oog op een ruime interpretatie van het artikel vanwege de ratio erachter) een gelijkwaardige vervanging biedt voor verloren gegane rechten, maar de vraag of art. 2:319 zonder meer kan leiden tot het *van rechtswege* vestigen van een vervangend pandrecht of vruchtgebruik valt niet met zekerheid te beantwoorden.

Deze kwesties bieden niet alleen voer voor theoretici, maar kunnen in de praktijk daadwerkelijk tot problemen leiden. De instrumenterende Nederlandse notaris zal in het pre-fusie attest namelijk moeten verklaren dat de fusievoorschriften zijn nageleefd.<sup>46</sup> Een van die voorschriften betreft art. 2:319 BW. Indien de toepassing van dat artikel onmogelijk blijkt, of indien de betrokken notaris meent dat daaromtrent teveel onduidelijkheid bestaat, zal het pre-fusie attest niet worden afgegeven en wordt de grensoverschrijdende fusie vertraagd of zelfs verhinderd. Er zijn uiteraard praktische oplossingen te bedenken voor deze problematiek (de desbetreffende beperkt gerechtigden zouden bijvoorbeeld voorafgaand aan de fusie afstand kunnen doen van hun rechten onder voorwaarde dat na de fusie te hunnen behoeve een equivalent recht wordt gevestigd door de betrokken aandeelhouders), maar de wetgever zou er verstandig aan doen om een sluitende wettelijke regeling te treffen. Zo zou het beter zijn om te bepalen dat (a) art. 2:319 BW ingeval van een grensoverschrijdende fusie buiten toepassing blijft en (b) in plaats daarvan het fusievoorstel een omschrijving moet bevatten van de wijze waarop de verkrijgende vennootschap (ongeacht onder welk recht zij ressorteert) een gelijkwaardige vervanging zal geven indien en voor zover er pandhouders, vruchtgebruikers en/of houders van soortgelijke rechten onder een ander rechtsstelsel zijn.

Door het invoeren van een dergelijke regeling blijft de beschermingsgedachte van art. 2:319 BW zoveel mogelijk intact, terwijl tegelijkertijd wordt voorkomen dat (bij een *outbound* fusie) rechtstreeks een verplichting wordt opgelegd aan een buitenlandse verkrijgende vennootschap (er zou slechts sprake zijn van het stellen

44 Ook bij de *inbound* fusie geldt overigens dat aandelen in een niet-Nederlandse verdwijnende vennootschap onder omstandigheden onderworpen kunnen zijn aan het Nederlandse goederenrechtelijke regime en dat op die aandelen derhalve een (Nederlands) pandrecht of vruchtgebruik kan rusten. In die situatie zal art. 2:319 BW in ieder geval moeten worden nageleefd. Zie ook voetnoot 41.

45 *Kamerstukken II*, 1980-1981, 16 453, nr. 3-4, p. 14.

46 Art. 2:333i lid 3 BW.

van een voorwaarde aan de inhoud van het fusievoorstel).<sup>47</sup> Bovendien zou de regeling algemeen als voordeel hebben dat zij in het midden laat op welke wijze de vervangende rechten moeten worden gevestigd, zodat er geen conflict kan ontstaan met een buitenlands rechtsstelsel of het Nederlandse internationaal goederenrecht; de uitvoering van de regeling moet dan van geval tot geval worden vastgesteld.

#### 4.4. *Het uittreedrecht bij grensoverschrijdende fusie*

##### 4.4.1. Algemeen

Art. 2:333h BW biedt ingeval van een *outbound* fusie aan iedere individuele aandeelhouder<sup>48</sup> van een Nederlandse verdwijnende vennootschap een uittreedrecht. Aandeelhouders die tegen het fusievoorstel hebben gestemd, alsmede iedere houder van aandelen zonder stemrecht, kan een verzoek indienen tot schadeloosstelling nadat het fusiebesluit bij de verdwijnende vennootschap is genomen. De aandelen waarop het verzoek betrekking heeft, vervallen als gevolg van de fusie. Op het eerste gezicht lijkt dit een begrijpelijke regeling, maar niettemin leidt zij tot vragen en onduidelijkheid.

##### 4.4.2. Aandeelhouders zonder stemrecht

Allereerst kan de vraag worden gesteld wat de reikwijdte is van de verwijzing naar een “houder van aandelen zonder stemrecht”. Wordt hiermee bedoeld op de houder van stemrechtloze aandelen zoals omschreven in art. 2:228 lid 5 BW of kunnen ook aandeelhouders die uit anderen hoofde geen stemrecht hebben het uittreedrecht invoeren? Deze laatste groep bestaat uit aandeelhouders (a) wier stemrecht is overgegaan op een pandhouder of vruchtgebruiker, (b) wier stemrecht ontbreekt op grond van een wettelijke bepaling (zoals een dochtermaatschappij die tevens aandeelhouder is van haar moedervennootschap) en (c) wier stemrecht is opgeschort. Art. 2:333h BW maakt geen onderscheid in dit opzicht.

Een letterlijke lezing van dit artikel noopt tot de conclusie dat alle aandeelhouders zonder stemrecht de bescherming genieten van het uittreedrecht, ongeacht de reden van het ontbreken van hun stemrecht. Het is echter de vraag of die interpretatie juist is. De verwijzing naar aandeelhouders zonder stemrecht is toegevoegd aan art. 2:333h BW in een amendement op de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.<sup>49</sup> In dat amendement werden ook wijzigingen doorgevoerd in een aantal andere artikelen inzake uittreedregelingen en in die gewijzigde artikelen wordt steeds verwezen naar ‘houders van stemrechtloze aandelen’.

<sup>47</sup> Die voorwaarde kan weliswaar tot een situatie leiden waarin de niet-Nederlandse verkrijgende vennootschap een verplichting op zich neemt die voortvloeit uit een Nederlandsrechtelijke bepaling, maar die verplichting wordt niet rechtstreeks door de Nederlandse wetgever aan de vennootschap opgelegd.

<sup>48</sup> De regeling geldt ook voor houders van, kort gezegd, bewilligde beursgenoteerde certificaten; zie art. 2:333h lid 4 BW.

<sup>49</sup> *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 17.

Waarom de redactie van art. 2:333h BW op dit punt afwijkt, is niet duidelijk en wordt in de toelichting bij het amendement niet gemotiveerd. Ik heb de indruk dat dit een verschrijving is waarin geen diepere gedachte schuil gaat, aangezien in de toelichting wordt aangegeven dat het amendement juist een harmonisering van de verschillende uittreedregelingen beoogt.<sup>50</sup> Mijns inziens moet art. 2:333h BW derhalve restrictief geïnterpreteerd worden; houders van stemrechtloze aandelen worden erdoor beschermd, maar andere aandeelhouders zonder stemrecht niet.

Voor wat betreft de aandeelhouder wiens stemrecht is overgegaan op een pandhouder of vruchtgebruiker sluit die restrictieve interpretatie aan bij mijn analyse in § 4.4.3 omtrent de positie van pandhouders en vruchtgebruikers met stemrecht onder art. 2:333h BW. Aandeelhouders die hun stemrecht hebben doen overgaan op een beperkt gerechtigde kunnen dientengevolge niet langer tegen het fusiebesluit stemmen en kunnen derhalve – naar mijn mening – evenmin een beroep doen op de uittreedregeling. Voor een nadere uiteenzetting in dit opzicht verwijs ik naar § 4.4.3 van deze bijdrage.

Een strikte interpretatie van art. 2:333h BW leidt er eveneens toe dat geen uittreedrecht toekomt aan aandeelhouders wier stemrecht (a) is opgeschort of – (b) ontbreekt vanwege een wettelijke bepaling. Voor een aandeelhouder wiens stemrecht is opgeschort, lijkt mij dat terecht omdat een dergelijke opschorting slechts mogelijk is indien de aandeelhouder een wettelijke of statutaire verplichting niet nakomt of niet voldoet aan een in de statuten gestelde eis.<sup>51</sup> De opschorting is een sanctiemaatregel en in dat licht bezien, vind ik het redelijk dat een aandeelhouder die ‘in verzuim’ is geen beroep kan doen op de uittreedregeling. Dat aan de aandeelhouder wiens stemrecht ontbreekt vanwege een wettelijke bepaling geen uittreedrecht toekomt, acht ik evenmin bezwaarlijk. Indien het tegendeel het geval zou zijn, dan zou dat inconsistent zijn met de positie van de andere groepen aandeelhouders zonder stemrecht (niet zijnde houders van stemrechtloze aandelen).

Kortom, de restrictieve interpretatie van art. 2:333h BW sluit aan bij de bedoelingen van de wetgever, is in lijn met de andere artikelen in Boek 2 BW inzake uittreedregelingen en leidt naar mijn mening niet tot bezwaarlijke gevolgen.<sup>52</sup> Wel moet gezegd worden dat hier tegenin valt te brengen dat art. 2:333h BW nu eenmaal ondubbelzinnig verwijst naar houders van aandelen zonder stemrecht in het algemeen (*lex dura sed lex*). Dat standpunt is naar mijn mening te legistisch, maar om discussie over dit onderwerp te voorkomen, is het van belang dat de

<sup>50</sup> *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32 426, nr. 17, p. 8.

<sup>51</sup> Zie de art. 2:87a lid 1 BW, 2:87b lid 1 BW, 2:117 lid 3 BW, 2:118 lid 1 BW, 2:192 lid 4 BW, 2:227 lid 6 BW en 2:228 lid 1 BW.

<sup>52</sup> Van Boxel is een andere mening toegedaan; hij meent dat het uiterst onwenselijk is dat een aandeelhouder zonder stemrecht als gevolg van een pandrecht of vruchtgebruik het uittreedrecht niet kan invoeren. Daarnaast geeft hij aan zich niet te kunnen voorstellen dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om aandeelhouders wiens stemrecht is opgeschort zonder meer van het uittreedrecht uit te sluiten. Zie H.J.M.M. van Boxel, a.w. (noot 41), p. 245-246 en 248.

wetgever de bewoordingen van art. 2:333h BW in lijn brengt met de beoogde werking ervan.

#### 4.4.3. Pandhouders en vruchtgebruikers met stemrecht

Een andere vraag betreft de positie van een pandhouder of vruchtgebruiker met stemrecht indien deze tegen het fusiebesluit stemt. Heeft de pandhouder of vruchtgebruiker in dat geval een uittreedrecht?

De wetsgeschiedenis van een ander artikel inzake de grensoverschrijdende fusie biedt in dit opzicht enige houvast. Het betreft art. 2:333g BW dat oorspronkelijk uit twee leden bestond en waarvan het tweede lid als volgt luidde: “Artikel 328 lid 1 eerste volzin en lid 2 blijven buiten toepassing indien de aandeelhouders van de fuserende vennootschappen daarmee instemmen.”<sup>53</sup> Op een vraag van de CDA-fractie over deze bepaling antwoordde de minister destijds, enigszins indirect, dat een dergelijk instemmingsrecht (en meer in het algemeen het stemrecht op een aandeel) toe kan komen aan de pandhouder ondanks dat in genoemd artikel verwezen werd naar de instemmende ‘aandeelhouders’. In dezelfde adem werd aangegeven dat het stemrecht niet zowel door de aandeelhouder als door de pandhouder kan worden uitgeoefend en dat, in het kader van art. 2:333g BW, beider instemming derhalve niet vereist is.<sup>54</sup>

Bij toepassing van een consistente benadering concludeer ik dat, ondanks dat art. 2:333h BW verwijst naar tegenstemmende aandeelhouders, ook pandhouders en vruchtgebruikers met stemrecht tegen het fusiebesluit kunnen stemmen en schadeloosstelling kunnen verzoeken. De keerzijde van die medaille is dat de schadeloosstelling niet kan worden verzocht door de aandeelhouder wiens stemrecht ontbreekt vanwege het pandrecht of vruchtgebruik; het uittreedrecht met betrekking tot dezelfde aandelen kan niet toekomen aan meer dan één partij. Die conclusie is niet alleen in lijn met het eerder genoemde standpunt van de minister, maar bovendien lijkt het mij een logisch gevolg van het feit dat het uittreedrecht onlosmakelijk verbonden is aan het uitbrengen van stemrecht; de partij die tegen het fusiebesluit stemt, moet mijns ziens ook de partij zijn die het uittreedrecht kan inroepen. Overigens betekent dat niet dat de schadeloosstelling zelf toekomt aan de pandhouder of vruchtgebruiker. Die komt immers toe aan de aandeelhouder, ook als de pandhouder of vruchtgebruiker gebruik maakt van het uittreedrecht. De schadeloosstelling wordt wel bezwaard, op grond van zaaksvervanging, met het pandrecht of vruchtgebruik dat voorheen rustte op de (vervallen) aandelen.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Deze bepaling is inmiddels verplaatst naar art. 2:328 lid 6 BW.

<sup>54</sup> *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, E, p. 6.

<sup>55</sup> Art. 3:229 lid 1 BW respectievelijk 3:213 lid 1 BW. Zie ook *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, C, p. 5, waarin de minister in eerste instantie abuis was en reageerde op de eerder genoemde vraag van de CDA-fractie over art. 2:333g BW alsof die vraag betrekking had op art. 2:333h BW.

Ik geef toe dat het standpunt van de minister dat ook instemmingsrechten toekomen aan stemgerechtigde pandhouders (en, logischerwijs, vruchtgebruikers) in de literatuur niet door iedereen wordt gedeeld.<sup>56</sup> Totdat de wetgever (of de jurisprudentie) uitsluitsel geeft over de positie van beperkt gerechtigden met stemrecht in het kader van de uittreedregeling, verwacht ik dat evenmin consensus zal ontstaan over mijn conclusie daaromtrent. Art. 2:333h BW zou derhalve ook in dit opzicht verduidelijking behoeven.

#### 4.4.4. De inbrengverklaring

Tenzij er sprake is van een vereenvoudigde (moeder-dochter of zuster) fusie<sup>57</sup> moet een accountant verklaren dat, kort gezegd, de som van de eigen vermogens van de verdwijnende vennootschappen voldoende is om de aandelen ‘vol te storten’ die in het kader van de fusie worden toegekend aan de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschappen, vermeerderd met (onder meer) het totaalbedrag van de schadeloosstelling waarop uittredende aandeelhouders<sup>58</sup> recht kunnen doen gelden.<sup>59</sup> Deze ‘inbrengverklaring’ moet samen met het fusievoorstel en de andere relevante fusiedocumentatie worden neergelegd, of langs elektronische weg openbaar worden gemaakt, bij het handelsregister.<sup>60</sup>

Deze wettelijke systematiek resulteert in een kip-ei-situatie: de inbrengverklaring moet beschikbaar zijn voordat het fusiebesluit wordt genomen, terwijl het bedrag van de schadeloosstelling pas daarna bekend zal zijn omdat pas na het nemen van het fusiebesluit gebruik kan worden gemaakt van het uittreedrecht.<sup>61</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis van art. 2:333h BW is de oplossing gelegen in het vaststellen van de ‘bandbreedte’ waarbinnen aandeelhouders gebruik kunnen maken van hun uittreedrecht zonder dat de som van de eigen vermogens van de fuserende vennootschappen onvoldoende wordt om de aandelen vol te storten die in het kader van de fusie worden toegekend door de verkrijgende vennootschap.<sup>62</sup> Die bandbreedte kan, aldus de minister, worden berekend op basis van de gegevens die aan de accountant ter beschikking staan ten tijde van het afgeven van zijn verklaring. De door de minister beoogde aanpak neemt echter niet weg dat de accountant zal moeten vaststellen of de bovengrens van de bandbreedte mogelijk kan worden overschreden als gevolg van de betaling van schadeloosstelling aan uittredende aandeelhouders. Met andere woorden, hij zal rekening moeten houden

56 Zie bijvoorbeeld Chr.M. Stokkermans, ‘De beperkte groep aandeelhouders (BGA); reactie op “De bevoegdheidsverdeling in de Flex-BV: AV of BGA” van prof. mr. H.E. Boschma en mw. mr. G.K. Kuijers-Tollenaar in WPNR (2013) 6962’, *WPNR* 6969 (2013), p. 259, en H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar in het naschrift daarop in diezelfde uitgave, p. 261.

57 Zie art. 2:333 BW.

58 Alsmede, zoals ik in § 4.4.3 betoog, pandhouders en vruchtgebruikers met stemrecht. Gemakshalve zal ik daaraan in het vervolg van deze bijdrage steeds voorbijgaan.

59 Art. 2:328 lid 1 BW en 2:333g BW.

60 Art. 2:328 lid 5 BW.

61 Zie de art. 2:317 lid 2 BW en 2:333h lid 1 BW.

62 *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, C, p. 4-5, en *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, E, p. 4-6.

met een *worst-case scenario* waarin het maximale aantal aandeelhouders schade-loosstelling verzoekt terwijl het fusiebesluit toch wordt genomen; als de gevolgen daarvan binnen de bandbreedte passen, kan de inbrengverklaring worden afgegeven. Zo niet, dan zal de accountant zich van het afgeven van zijn verklaring moeten onthouden.<sup>63</sup>

Het nemen van het fusiebesluit in een algemene vergadering behoeft, tenzij de statuten een hogere meerderheid vereisen, ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen indien minder dan de helft van het geplaatste kapitaal ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is; in alle andere gevallen kan het besluit door de algemene vergadering worden genomen met volstreekte meerderheid.<sup>64</sup> Aangenomen dat er geen strengere statutaire bepaling geldt, moet de accountant derhalve rekening houden met een situatie waarin wensen uit te treden: (a) de aandeelhouders die de helft van het aantal stemmen, minus één, in de algemene vergadering kunnen uitbrengen en (b) indien de statuten van de betreffende vennootschap in stemrechtloze aandelen voorzien, alle houders daarvan. Al die aandeelhouders zouden immers, in theorie, het uittreedrecht kunnen invoeren zonder dat daarmee het nemen van het fusiebesluit zonder meer wordt verhinderd.

Dit *worst-case scenario* spoort echter zelden of nooit met de realiteit; het is aannemelijk dat veel minder aandeelhouders gebruik wensen te maken van het uittreedrecht. In extreme gevallen kan de wettelijke systematiek ertoe leiden dat een grensoverschrijdende fusie niet tot stand kan komen omdat de accountant, uitgaand van een maximaal aantal mogelijke uittreeders, zijn inbrengverklaring niet kan afgeven omdat de bandbreedte in theorie kan worden overschreden, terwijl geen enkele aandeelhouder daadwerkelijk wenst uit te treden. Dat is een bizarre constatering, maar zonder aanpassing<sup>65</sup> van de wettelijke regeling is er niets wat de praktijk hiertegen kan doen; de inbrengverklaring is nu eenmaal een *conditio sine qua non*.

#### 4.4.5. Toepassing bij een SE-fusie

In de literatuur bestaat er geen consensus over de vraag of het uittreedrecht ex art. 2:333h BW van toepassing is ingeval van een grensoverschrijdende fusie die resulteert in de oprichting van een SE (een 'SE-fusie').<sup>66</sup> Hoewel de wetgever ten tijde van de implementatie van de SE-Verordening er uitdrukkelijk voor koos om geen maatregelen te treffen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders bij

63 Op grond van art. 2:328 lid 1 BW moet de accountant immers verklaren *dat* de som van de eigen vermogens voldoende is; voor een negatieve of geclausuleerde verklaring laat de wet geen ruimte.

64 Art. 2:330 lid 1 BW. De hogere meerderheid die in dit artikellid wordt voorgeschreven voor een vennootschap die ICBE is, laat ik gemakshalve buiten beschouwing.

65 Sommige schrijvers pleiten zelfs voor afschaffing van dit voorschrift bij grensoverschrijdende fusies. Zie H.J.M.M. van Boxel, a.w. (noot 41), p. 325, en de door hem aangehaalde literatuur.

66 Zie bijvoorbeeld in ontkennende zin W.J.M. van Veen (red.), *De Europese naamloze vennootschap (SE)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 127-129, en in bevestigende zin Asser/Rensen 2-III\*/2012, nr. 410, en H.J.M.M. van Boxel, a.w. (noot 41), p. 283 e.v.

een SE-fusie<sup>67</sup> is het de vraag of hij daartoe inmiddels toch is overgegaan door het invoeren van art. 2:333h BW. De parlementaire geschiedenis van art. 2:333h BW biedt geen duidelijkheid.<sup>68</sup>

In dit verband is van belang dat de SE-Verordening voorschrijft dat, kort gezegd, de nationale fusieregels van de lidstaten van toepassing zijn op een SE-fusie voor zover aangelegenheden in de SE-Verordening ongeregeld zijn gebleven (zoals de bescherming van minderheidsaandeelhouders).<sup>69</sup> De SE-Verordening verwijst in dit verband naar de nationale fusieregels die zijn vastgesteld overeenkomstig de *Derde Richtlijn* inzake nationale fusies.<sup>70</sup> Art. 2:333h BW vloeit echter voort uit de *Tiende Richtlijn* inzake grensoverschrijdende fusies. Op basis van een letterlijke interpretatie van de SE-Verordening op dit punt kan derhalve worden geconcludeerd dat deze uittreedregeling niet van toepassing is ingeval van een SE-fusie. In de literatuur<sup>71</sup> wordt daarentegen verdedigd – en ik sluit mij daarbij aan – dat deze interpretatie te strikt is en dat de SE-Verordening bovendien in algemene zin aan lidstaten de bevoegdheid laat om regelingen te treffen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders.<sup>72</sup> Het feit dat de Nederlandse wetgever pas bij de implementatie van de Tiende Richtlijn (en wellicht onbewust) gebruik maakte van die bevoegdheid, doet daaraan niets af.

Niettemin ben ik van mening dat de uiteenlopende standpunten in de literatuur over dit onderwerp voldoende aanleiding geven voor de wetgever om duidelijkheid te creëren door het uittreedrecht uitdrukkelijk van toepassing te verklaren (of juist buiten toepassing te verklaren) ingeval van een SE-fusie.

#### 4.5. *De afbreukregeling bij grensoverschrijdende omzetting*

Bij een omzetting van een besloten vennootschap in een andere rechtsvorm wordt de zogeheten afbreukbepaling ten aanzien van het besluit tot statutenwijziging buiten toepassing verklaard. Er is dus geen afzonderlijk goedkeurend besluit vereist van groepen aandeelhouders aan wiens rechten afbreuk wordt gedaan.<sup>73</sup> Het

67 *Kamerstukken II*, 2003-2004, 29 309, nr. 3, p. 13.

68 In de behandeling in de Eerste Kamer stelde de VVD-fractie de vraag waarom er een uittreedrecht in het leven werd geroepen voor de grensoverschrijdende fusie die op een SE-fusie niet van toepassing zou zijn. Met haar vraag doelde de VVD-fractie op een fusie resulterend in de oprichting van een SE, maar de minister reageerde hierop door – enigszins cryptisch – aan te geven dat de aandeelhouders van een Nederlandse SE die optreedt als verdwijnende vennootschap in een grensoverschrijdende fusie gebruik kunnen maken van het uittreedrecht ex art. 2:333h BW. Er werd derhalve geen (of in ieder geval geen duidelijk) antwoord gegeven op de gestelde vraag. Zie *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, B, p. 4-5, en *Kamerstukken I*, 2007-2008, 30 929, C, p. 6-7.

69 Art. 18 SE-Verordening.

70 Derde Richtlijn van de Raad van 9 oktober 1978 op de grondslag van art. 54, lid 3, sub g), van het Verdrag betreffende fusies van naamloze vennootschappen (78/855/EEG), welke inmiddels is vervangen door Richtlijn 2011/35/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen.

71 Zie Asser/Rensen 2-III\*, nr. 410, en H.J.M.M. van Boxel, a.w. (noot 41), p. 285.

72 Art. 24 lid 2 SE-Verordening.

73 Art. 2:181 lid 5 BW en 2:231 lid 4 BW. Voor omzetting van een naamloze vennootschap gelden soortgelijke bepalingen niet.



Conceptwetsvoorstel bepaalt voor de besloten vennootschap (logischerwijs) hetzelfde bij een nationale omzetting<sup>74</sup> maar de afbreukbepaling wordt niet buiten toepassing verklaard bij een grensoverschrijdende omzetting van een besloten vennootschap. Voor deze inconsistente benadering vond ik geen motivering in de toelichting bij het Conceptwetsvoorstel. Ik vind dit met name moeilijk te begrijpen gezien het uittreedrecht dat bij grensoverschrijdende omzetting wordt geboden aan individuele aandeelhouders.<sup>75</sup> Moeten de aandeelhouders van een besloten vennootschap dan dubbel beschermd worden tegen de gevolgen van een door hen ongewenste grensoverschrijdende omzetting? Ik neem aan dat er sprake is van een omissie in het ontwerp die nog zal worden hersteld.

#### 4.6. *Het uittreedrecht bij grensoverschrijdende omzetting*

Evenals bij de *outbound* fusie wordt in het Conceptwetsvoorstel voorzien in een uittreedrecht bij een *outbound* omzetting.<sup>76</sup> Aandeelhouders die tegen een dergelijke omzetting hebben gestemd en houders van stemrechtloze aandelen<sup>77</sup> kunnen verlangen dat de vennootschap hun aandelen overneemt tegen betaling. Er is dus sprake van een verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap anders dan onder algemene titel.<sup>78</sup> Hoe verhoudt deze regeling zich tot de inkooprestricties?<sup>79</sup> Bijvoorbeeld:

- a. Kan de uittreedregeling worden toegepast als de uittreder niet-volgestorte aandelen houdt? Verrijking van die aandelen door de vennootschap zou onder de inkooprestricties immers nietig zijn.
- b. Kan de uittreedregeling worden toegepast indien het uitkeerbare deel van het eigen vermogen van de vennootschap ontoereikend is om de koopprijs te ‘dekken’?
- c. Behoeft het bestuur van een naamloze vennootschap de machtiging van de algemene vergadering en in hoeverre is de algemene vergadering dan nog vrij te bepalen hoe de aandelen mogen worden verkregen en tussen welke grenzen de koopprijs moet liggen?
- d. Moet het bestuur van een besloten vennootschap een uitkeringstest uitvoeren in het kader van de uittreedregeling?
- e. Doorbreekt de uittreedregeling een statutaire bepaling waarin de verkrijging van eigen aandelen wordt beperkt of geheel wordt uitgesloten?

Het zou duidelijker zijn geweest indien het Conceptwetsvoorstel had voorgeschreven dat (a) de aandelen van uittreedende aandeelhouders vervallen op het moment

<sup>74</sup> Art. 2:334kk lid 4 Conceptwetsvoorstel.

<sup>75</sup> Zie art. 2:334vv Conceptwetsvoorstel en ook § 4.6 van deze bijdrage.

<sup>76</sup> Hieronder versta ik een grensoverschrijdende omzetting van een Nederlandse rechtspersoon.

<sup>77</sup> De formulering van art. 2:334vv lid 1 Conceptwetsvoorstel is in dit opzicht zuiverder dan die van art. 2:333h lid 1 BW. Zie ook § 4.4.2 en § 4.4.3 van deze bijdrage.

<sup>78</sup> Art. 2:334vv Conceptwetsvoorstel bezigt terminologie als “overdracht” en “levering” van de betreffende aandelen aan de vennootschap.

<sup>79</sup> Zie de art. 2:98 BW en 2:207 BW.

waarop de vennootschap de koopprijs heeft voldaan of zekerheid/waARBORG heeft gegeven voor de voldoening daarvan of (b) de bepalingen omtrent inkoop niet gelden wanneer de uittreedregeling wordt toegepast. Vanuit het oogpunt van eenduidigheid en harmonisering zou de beste optie echter zijn om de uittreedregeling onder het Conceptwetsvoorstel qua opzet en bewoordingen zoveel mogelijk te laten aansluiten bij de eerder besproken uittreedregeling voor de grensoverschrijdende fusie.<sup>80</sup>

Overigens zal het uittreedrecht onder het Conceptwetsvoorstel ook gevolgen kunnen hebben voor een zetelverplaatsing van een Nederlandse SE; in zekere zin betreft dat immers een *outbound* omzetting in een niet-Nederlandse SE. De SE-Verordening stelt in het algemeen dat, voor zover zij aangelegenheden niet regelt, de nationale voorschriften van de lidstaten van toepassing zijn op een SE zoals die gelden voor een naamloze vennootschap.<sup>81</sup> Vergelijkbaar met wat ik omschreef in § 4.4.5 van deze bijdrage, zou door codificatie van het Conceptwetsvoorstel in zijn huidige vorm discussie kunnen ontstaan over de vraag of de uittreedregeling bij een *outbound* omzetting ook toepassing vindt bij een zetelverplaatsing van een SE. De wetgever zou er verstandig aan doen om in dit opzicht geen ruimte te laten voor twijfel.

#### 4.7. *Beklemd vermogen bij grensoverschrijdende omzetting*

Onder het Conceptwetsvoorstel wordt bepaald dat een vennootschap zich niet grensoverschrijdend mag omzetten indien zij ‘beklemd vermogen’ heeft. Daarvan is sprake indien een stichting zich omzet in een andere rechtspersoon. Het vermogen dat de stichting bij omzetting had, alsmede de vruchten daarvan, mogen slechts met toestemming van de rechter anders worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven; dit moet blijken uit de statuten van de betreffende rechtspersoon. Hetzelfde voorschrift geldt indien beklemd vermogen overgaat op een andere rechtspersoon op grond van een fusie of splitsing.<sup>82</sup>

Indien een vennootschap beklemd vermogen heeft, mag zij dus geen grensoverschrijdende omzetting tot stand brengen onder het Conceptwetsvoorstel. Kennelijk bestaat bij de Commissie vennootschapsrecht de zorg dat het beklemd vermogen, nadat de vennootschap niet langer onderworpen is aan Nederlands recht, wordt aangewend voor een ongeoorloofd doel. Die zorg vind ik begrijpelijk aangezien ik van mening ben dat de beklemming zich niet van rechtswege kan uitstrekken voorbij de landsgrenzen; dat zou inbreuk maken op het eerder genoemde

<sup>80</sup> Daarbij is dan wel van belang dat de uittreedregeling wordt herzien met het oog op hetgeen ik omschrijf in de § 4.4.2 en § 4.4.3 van deze bijdrage.

<sup>81</sup> Art. 9 lid 1 onderdeel c) (iii) SE-Verordening.

<sup>82</sup> Zie art. 2:18 lid 6 BW dat in het Conceptwetsvoorstel wordt vervangen door art. 2:334jj lid 6.

soevereiniteitsbeginsel.<sup>83</sup> Wat ik daarentegen niet goed begrijp, is waarom het Conceptwetsvoorstel in dit opzicht een duidelijk onderscheid maakt tussen een *outbound* fusie en een *outbound* omzetting. Vennootschappen met beklemd vermogen mogen het eerste wel, maar het tweede niet, terwijl het rechtsgevolg voor de beklemming van het betreffende vermogen niet anders is (de beklemming vervalt mijns inziens). Ik zie geen rechtvaardiging voor het in het Conceptwetsvoorstel gemaakte onderscheid.

Bovendien kan er onder de huidige redactie van het Conceptwetsvoorstel op dit punt in het kader van een zetelverplaatsing van een Nederlandse SE met beklemd vermogen onduidelijkheid ontstaan over de reikwijdte van de hierboven omschreven verbodsbepaling. Ik verwijs naar de laatste alinea van § 4.6 van deze bijdrage.

Het moge duidelijk zijn dat ik geen voorstander ben van het invoeren van deze verbodsbepaling; ik pleit ervoor om haar te schrappen uit het Conceptwetsvoorstel. Wat naar mijn mening ook mogelijk zou zijn, is dat (a) het ontwerp voorschrijft dat het voorstel tot omzetting een bepaling bevat waarin de om te zetten vennootschap zich verplicht om het beklemd vermogen niet aan te wenden voor een ongeoorloofd doel zonder toestemming van de rechter,<sup>84</sup> (b) de fusieregels omwille van consistentie op soortgelijke worden aangepast voor de situatie waarin er sprake is van een *outbound* fusie met een Nederlandse verdwijnende vennootschap die beklemd vermogen heeft en (c) de wetgever duidelijk maakt of de (aangepaste) regeling inzake beklemd vermogen bij grensoverschrijdende omzetting eveneens van toepassing is in het kader van een zetelverplaatsing van een Nederlandse SE met beklemd vermogen.

## 5. Wat ontbreekt er?

### 5.1. Grensoverschrijdende omzetting en splitsing

Hoewel ik eerder in deze bijdrage kritiek uitte op een aantal aspecten van het Conceptwetsvoorstel, moet niet uit het oog worden verloren dat het ontwerp nog een lange weg te gaan heeft voordat het daadwerkelijk tot wet wordt verheven. De grensoverschrijdende splitsing heeft een nog langere weg te gaan; voor die rechtsfiguur is zelfs nog geen voorstel gekomen.

Dat betekent echter niet dat de praktijk volledig afhankelijk is van de snelheid waarmee de wetgever codificeert. Het is mijn stellige overtuiging dat het Europese Hof van Justitie, door het wijzen van de reeks arresten in het kader van de vrijheid van vestiging (de eerder genoemde SEVIC, Cartesio en VALE arresten zijn daarvan

---

<sup>83</sup> Van Boxel meent daarentegen dat beklemd vermogen ook na een *outbound* fusie (en dus, zo mag men aannemen, ook na een *outbound* omzetting) onverminderd beklemd blijft. Hij motiveert zijn standpunt echter niet. Zie H.J.M.M. van Boxel, a.w. (noot 41), p. 383.

<sup>84</sup> Deze aanpak is vergelijkbaar met wat ik voorstel in het kader van art. 2:319 BW in § 4.3 van deze bijdrage.

de voornaamste voorbeelden), het pad heeft geëffend voor een Nederlandse rechtspersoon om een grensoverschrijdende omzetting of een grensoverschrijdende splitsing tot stand te brengen binnen de EER op dezelfde wijze en onder dezelfde voorwaarden als de Nederlandse wet een nationale omzetting of splitsing toelaat.<sup>85</sup> Ook meen ik dat het Nederlandse recht een *inbound* grensoverschrijdende omzetting of splitsing van een rechtspersoon uit een andere lidstaat niet in het algemeen mag beletten.<sup>86</sup> Zie in dit verband ook de bijdrage van Van Veen elders in deze bundel.

Echter, zonder een nationaal wettelijk kader is de praktijk bij de toepassing van dergelijke rechtsfiguren overgeleverd aan interpretatie en cumulatieve toepassing van de betrokken rechtssystemen.<sup>87</sup> Om die reden pleit ik voor een spoedige invoering van een werkbare regeling door de Nederlandse wetgever; dat zou de grensoverschrijdende mobiliteit zeker bevorderen.

## 5.2. *De reikwijdte van regelingen inzake grensoverschrijdende mobiliteit*

Naast de codificatie van regelgeving die ziet op grensoverschrijdende omzetting en grensoverschrijdende splitsing pleit ik er evenzeer voor dat de wetgever ophoudt om onderscheid te maken tussen (a) kapitaalvennootschappen en SCEs versus andere rechtsvormen en (b) de EU en EER versus de rest van de wereld. De wetgever maakt dit tweeledige onderscheid onder meer in de bepalingen omtrent de grensoverschrijdende fusie en de Commissie vennootschapsrecht volgt die benadering in het Conceptwetsvoorstel. Maar waarom mag een Nederlandse vereniging niet fuseren met een Duitse *Genossenschaft* en waarom mag een Nederlandse vennootschap zich niet omzetten in een vennootschap naar het recht van Delaware? Hetzelfde resultaat kan immers wel worden bereikt in meerdere stappen. Bijvoorbeeld:

- a. De Nederlandse vereniging kan zich omzetten in een naamloze of besloten vennootschap en de Duitse *Genossenschaft* kan zich omzetten in een Duitse kapitaalvennootschap, waarna zij grensoverschrijdend met elkaar kunnen

---

<sup>85</sup> Ik ben het dan ook oneens met de andersluidende stelling van E. Schmieman, 'Contouren voor een wet inzake de grensoverschrijdende omzetting van kapitaalvennootschappen' in: *Europa? Europa! De invloed van het Europese vennootschaps- en effectenrecht nu en in de toekomst*, Deventer: Kluwer 2012, p. 97. Schmieman erkent hierin weliswaar dat het algemeen beletten van een *outbound* omzetting in strijd is met het eerder genoemde *Cartesio* arrest, maar stelt vervolgens dat dat niet impliceert dat een *outbound* omzetting mogelijk is. Die standpunten zijn mijns inziens onverenigbaar met elkaar. Ik meen dat het EU-recht in dit opzicht prevaleert boven nationale restricties in de wetgeving van de lidstaten.

<sup>86</sup> Wederom verschil ik hierin van mening met E. Schmieman a.w. (vorige noot), p. 95-96, waarin hij dezelfde (mijns inziens onjuiste) argumentatie hanteert als omschreven in voetnoot 85.

<sup>87</sup> Voor wat betreft de grensoverschrijdende omzetting kan men zich bovendien afvragen wat de status is van het Conceptwetsvoorstel. Moeten de bepalingen daarvan bij wijze van anticipatie worden toegepast? Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden, mede omdat het Conceptwetsvoorstel bepalingen bevat inzake de bescherming van crediteuren, werknemers en minderheidsaandeelhouders; de bescherming van precies die belangen kunnen onder omstandigheden een rechtvaardiging zijn om de vrijheid van vestiging te beknotten. Zie ook rechtsoverweging 28 van het eerdergenoemde *SEVIC* arrest. Een klip en klaar antwoord op deze vraag is echter niet te geven.

fuseren, om ten slotte de rechtsvorm van de Duitse verkrijgende vennootschap weer om te zetten in een Duitse *Genossenschaft*.

- b. De Nederlandse vennootschap kan grensoverschrijdend fuseren met een Luxemburgse of Spaanse groepsmaatschappij als verkrijgende vennootschap (of, na zich te hebben omgezet in een SE, haar zetel verplaatsen naar Luxemburg of Spanje) om vervolgens haar zetel te verplaatsen naar Delaware. Zowel Luxemburg als Spanje kent op dit punt een flexibeler regime dan Nederland en deze jurisdicties kunnen derhalve als ‘springplank’ worden gebruikt om te ontsnappen uit de EER.<sup>88</sup>

*Mission accomplished*, zij het op een omslachtige manier die de nodige creativiteit vergt. Het is mij niet duidelijk waarom de wetgever zich blijft verzetten tegen het verrichten van dergelijke vormen van grensoverschrijdende herstructurering in één enkele stap. Van belang daarbij is ook het besef dat het begrip ‘vennootschap’ in de zin van de artikelen van het EU-Verdrag omtrent de vrijheid van vestiging<sup>89</sup> veel ruimer is dan het begrip ‘kapitaalvennootschap’.

Uiteraard is het noodzakelijk dat de belangen van aandeelhouders, crediteuren, werknemers en andere *stakeholders* voldoende gewaarborgd worden, maar als de wetgever die bescherming weet te bieden, wat is dan nog het principiële bezwaar tegen het oprekken van de reikwijdte van de wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende mobiliteit? In de toelichting bij het Conceptwetsvoorstel wordt de deur in dit opzicht (heel voorzichtig) op een kier gezet; er wordt aangegeven dat op termijn wellicht kan worden gezien of het bereik van de regeling inzake de grensoverschrijdende omzetting kan worden verbreed.<sup>90</sup> Wat mij betreft mag de deur wagenwijd open.

## 6. Wat kunnen we verwachten?

Ik verwacht op korte termijn geen aanpassing of aanvulling van de bestaande wetgeving op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringen. Het Conceptwetsvoorstel heeft bij mijn weten tot op heden niet geleid tot een concrete actie bij het ministerie van Veiligheid en Justitie en andere nationale wetgevingsinitiatieven zijn mij thans niet bekend. Het initiatief zal waarschijnlijk vanuit Europa komen, aangezien er bij de Europese Commissie meer aandacht lijkt te zijn voor grensoverschrijdende mobiliteit. Op 12 december 2012 verscheen bovendien een nieuw actieplan op het gebied van het Europese ondernemingsrecht.<sup>91</sup> Echter, hoewel het woord ‘actieplan’ de nodige voortvarendheid impliceert, zijn de

<sup>88</sup> Zie ook E. Schmieman, a.w. (noot 85), p. 100.

<sup>89</sup> Het begrip ‘vennootschap’ omvat in dit verband maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen; zie art. 54 VWEU.

<sup>90</sup> Toelichting bij het Conceptwetsvoorstel, p. 5.

<sup>91</sup> Zie voetnoot 20.

voor 2013 aangekondigde maatregelen op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringsen nogal beperkt en tentatief:

- a. In het kader van zetelverplaatsing en grensoverschrijdende splitsing zal de Europese Commissie op basis van verdere openbare raadplegingen en studies nader bezien of er een wetgevend initiatief moet worden genomen.
- b. De Europese Commissie zal een studie verrichten naar de wenselijkheid van een wijziging van de Tiende Richtlijn inzake grensoverschrijdende fusies en is voornemens een voorstel in te dienen tot samenvoeging van de grote Europese vennootschapsrichtlijnen.
- c. Er bestaat geen voornemen om de SE- en SCE-regelgeving te herzien, maar in plaats daarvan zal een informatiecampagne worden gestart inzake de SE en zal worden onderzocht hoe de populariteit van de SCE kan worden vergroot.

Kortom, de komende jaren zal er waarschijnlijk weinig veranderen aan de *status quo*, vermoed ik.

## 7. Conclusie

Zoals hierboven uiteen is gezet, vertonen de bestaande regels op het gebied van grensoverschrijdende herstructureringsen de nodige gebreken; hetzelfde geldt voor het Conceptwetsvoorstel. Toch kan over het algemeen met de nodige kennis en creativiteit en, waar nodig, met een beroep op de eerder aangehaalde jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie een geschikte (maar niet altijd ‘waterdichte’) oplossing worden gevonden voor deze gebreken. Dat is echter niet de verdienste van de wetgever, maar van de juristen die genoodzaakt zijn om de betreffende regels te interpreteren, ermee te werken en erover te adviseren.

De wetgever zou de praktijk niettemin een dienst bewijzen door dit rechtsgebied in zijn geheel eens zorgvuldig onder de loep te nemen, bestaande regelingen zoveel mogelijk te harmoniseren, een oplossing te bieden voor de in de literatuur gesignaleerde pijnpunten en een wettelijke regeling voor de grensoverschrijdende omzetting en splitsing te codificeren. Gelet op de afwezigheid van concrete initiatieven (zowel op Europees als op nationaal niveau) zal de praktijk echter nog wel enige tijd op zichzelf (en wellicht op nieuwe arresten van het Europese Hof van Justitie) aangewezen zijn.

# Het arrest ‘National Grid Indus’

*Prof. mr. J.W. Bellingwout*<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Als er zo lang, met zulke hooggespannen verwachtingen, naar een beslissend oordeel van het Europese Hof van Justitie (HvJ) is uitgekeken, kan het haast niet anders of het mondt uit in een teleurstelling. In het geval van het arrest inzake National Grid Indus BV (29 november 2011, C-371/10), bleek het een halve teleurstelling. De problematiek waarvoor het HvJ stond was dan ook niet eenvoudig.

Een korte aanloop. Het onderwerp zetelverplaatsing van vennootschappen, en daarmee gepaard: fiscale eindafrekening, houdt mij bezig sinds de aanvang van mijn proefschriftonderzoek in 1989. Het HvJ had langs de band van de fundamentele vrijheden van – destijds – het EG-Verdrag een eerste stap op het terrein van de directe belastingen gezet met het Avoir Fiscal arrest (28 januari 1986, C-270/83). Vanaf dat moment stond vast dat het gebrek aan Europese harmonisatie op het terrein van de directe belastingen een lidstaat geen vrijbrief verschaft om inwoners fiscaal gunstiger te behandelen dan niet-inwoners.

Bij de afronding van mijn onderzoek medio 1996 waren de arresten van het HvJ op dit terrein nog steeds op de spreekwoordelijke vingers van één hand te tellen: naast Avoir Fiscal had het HvJ zich over directe belastingen uitgesproken in Bachmann (28 januari 1992, C-204/90), Commerzbank (13 juli 1993, C-330/91), Halliburton Services (12 april 1994, C-1/93), Schumacker (14 februari 1995, C-279/93), Wielockx (11 augustus 1995, C-80/94) en Asscher (27 juni 1996, C-107/94). Het was een overzichtelijk speelveld en een vruchtbare basis voor verdere rechtsontwikkeling. Echter, op een aanpalend speelveld van het vennootschapsrecht was de bal van zetelverplaatsing met behoud van rechtspersoonlijkheid door het HvJ – in het Daily Mail arrest (27 september 1988, C-81/87) – bij het eerste echte schot (na de aftrap in Segers, 10 juli 1986, C-79/85C) reeds stilgelegd. Het HvJ overwoog in dit arrest dat het bestaan van rechtspersoonlijkheid wordt geregeerd door het nationale recht van de lidstaten (welke daartoe hun eigen aanknopingspunt mogen bepalen: incorporatie of werkelijke zetel) en dat aan de vestigingsvrijheid geen recht op grensoverschrijdende zetelverplaatsing met behoud van rechtspersoonlijkheid kon worden ontleend.

---

<sup>1</sup> Hoogleraar Belastingrecht aan de *Vrije Universiteit Amsterdam*, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO), tevens verbonden aan KPMG Meijburg & Co te Amstelveen.

Het Hof creëerde daarmee, bedoeld of onbedoeld, een *'deadlock'* op het terrein van het (internationaal) vennootschapsrecht die twintig jaar zou duren – tot aan het Cartesio arrest in 2008 (16 december 2008, C-210/06). Deze patstelling heeft ook de aanverwante kwestie van fiscale eindafrekening bij zetelverplaatsing langdurig in de greep gehouden. Hoe kon immers met succes worden geprocedeerd voor het HvJ over een mogelijke strijdigheid van fiscale eindafrekening bij zetelverplaatsing met het recht op vrije vestiging, indien die zetelverplaatsing zelf reeds niet werd beschermd door het vrije vestigingsrecht? Eerst moest de barricade van het Daily Mail arrest worden geslecht, zo was de heersende gedachte.

Inderdaad is het zo gelopen: het arrest inzake National Grid Indus kon pas onder de reikwijdte van de vestigingsvrijheid worden gewezen nadat het HvJ – na enige opmaten in de arresten Centros, Inspire Art, en Sevic – onomwonden had vastgesteld dat zetelverplaatsing met behoud van rechtspersoonlijkheid onder de vrijheid van vestiging valt, zowel beoordeeld vanuit het land van ontvangst (Überseering) als vanuit het land van vertrek (Cartesio). Daarbij hoefde het HvJ ten opzichte van het Daily Mail arrest niet 'om' te gaan, maar slechts de reikwijdte van dit arrest nader – restrictief – te duiden: met het Daily Mail arrest was slechts bedoeld aan te geven dat het (i) een lidstaat ten aanzien van de oprichting van vennootschappen vrij staat te kiezen voor het incorporatiestelsel of voor het werkelijke-zetelstelsel en in het verlengde daarvan dat (ii) een lidstaat van oprichting niet hoeft toe te staan dat een vennootschap met behoud van rechtspersoonlijkheid en vennootschapsrechtelijke nationaliteit – ontleend aan en beheerst door het recht van haar oprichtingsland – haar bestuurszetel verplaatst naar een andere lidstaat (Cartesio, r.o. 110). Vanuit deze bescherming van de vrijheid van vestiging, oordeelde het HvJ vervolgens dat een lidstaat een naar het recht van die lidstaat opgerichte vennootschap niet mag belemmeren zich met behoud van rechtspersoonlijkheid om te zetten in een rechtsvorm van een andere lidstaat, indien het recht van die andere lidstaat in die mogelijkheid voorziet (Cartesio, r.o. 111-113). In het – na National Grid Indus gewezen – arrest Vale voegde het HvJ daaraan nog toe dat, eveneens op grond van het vrije vestigingsrecht, een inreisland een dergelijke grensoverschrijdende omzetting van een vreemdrechtelijke (EER-) vennootschap in een nationale rechtsvorm moet toestaan indien zij dat ook aan haar eigen vennootschappen toestaat.

Daarmee is het plaatje tamelijk compleet:

- lidstaten zijn nog steeds vrij te kiezen voor het incorporatiestelsel of het werkelijke zetelstelsel (Daily Mail, r.o. 23, bevestigd in Cartesio, r.o. 110 en Vale, r.o. 29);
- deze souvereiniteit ten aanzien van de keuze voor het aanknopingspunt (oprichting of werkelijke zetel) geldt zowel voor de bepaling van het toepasselijke recht bij oprichting, als bij het (voort)bestaan van de vennootschap (Cartesio r.o. 110, Vale r.o. 29);
- lidstaten hoeven niet toe te staan dat 'hun' vennootschappen met behoud van de oprichtingsnationaliteit naar een andere lidstaat vertrekken met hun centrale bestuurszetel en hoofdbestuur (Daily Mail);



- in meer abstracte zin: lidstaten hoeven niet toe te staan dat ‘hun’ vennootschappen de oprichtingsnationaliteit behouden terwijl zij ten gevolge van de zetelverplaatsing hun aanknopingspunt met het oprichtingsrecht verbreken (*Cartesio* r.o. 110). Dit laatste kan voor het incorporatiestelsel kan worden vertaald naar grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel en voor het werkelijke zetelstelsel naar grensoverschrijdende verplaatsing van de werkelijke zetel (centrale bestuurszetel);
- de vraag of grensoverschrijdende zetelverplaatsing (statutaire zetel c.q. werkelijke zetel) met behoud van rechtspersoonlijkheid en wisseling van vennootschapsstatuut (grensoverschrijdende omzetting) mogelijk is, staat los van de vraag of een lidstaat het incorporatiestelsel danwel het werkelijke zetelstelsel hanteert (het resultaat van *Cartesio* en *Vale* in samenhang bezien);
- een lidstaat van oprichting dient toe te staan dat een naar eigen recht opgerichte vennootschap met behoud van rechtspersoonlijkheid zich omzet in een rechtsvorm van een andere lidstaat, indien de andere lidstaat in die inreisbaarheid voorziet (*Cartesio*, r.o. 111-113);
- een dergelijk inreisland dient in zo’n inreisbaarheid (omzetting in lokale rechtsvorm met behoud van rechtspersoonlijkheid, of wat daar voor in de plaats komt naar nationaal recht, zoals overgang onder algemene titel in Hongarije m.b.t. *Vale*) te voorzien, indien zij een omzetting van de ene in de andere rechtsvorm voor lokale vennootschappen toestaat, en op dezelfde voet (met dezelfde eisen, voor zover mogelijk) als waarop zij dat in interne situaties toestaat (*Vale*, r.o. 41);
- deze situaties van grensoverschrijdende omzetting vallen onder het recht van vrije vestiging, zij het dat wel “de daadwerkelijke uitoefening van een economische activiteit voor onbepaalde tijd door middel van een duurzame vestiging in de lidstaat van ontvangst” is vereist, hetgeen impliceert “dat de betrokken vennootschap werkelijk gevestigd is in deze lidstaat en daar daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent” (*Vale*, r.o. 34, onder verwijzing naar de ondergrens zoals gedefinieerd in het arrest inzake *Cadbury Schweppes*). Voor een nadere analyse van deze jurisprudentie verwijs ik gaarne naar enkele andere/eerdere publicaties en de bijdrage van Van Veen Elders in deze bundel.<sup>2</sup>

Voor Nederland betekent dit dat bij voorbeeld een BV zich met behoud van rechtspersoonlijkheid kan omzetten in een rechtsvorm van een andere lidstaat, mits zij zich daar ook statutair vestigt (althans, haar statutaire zetel in Nederland opgeeft), en mits het land van ontvangst een dergelijke omzetting toestaat, c.q. zou moeten toestaan omdat zij ook haar eigen vennootschappen de mogelijkheid van omzetting in die andere, lokale, rechtsvorm biedt.<sup>3</sup> Aangezien Nederland voor naar Nederlands recht opgerichte rechtsvormen in een omzettingsregeling voorziet

2 Onder andere: W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het VALE-arrest, WPNR 2013/6981, p. 512-525; J.W. Bellingwout, *Cartesio*: mijlpaal en doorbraak na Daily Mail, Weekblad Fiscaal Recht 2009/6800, p. 217-227.

3 Zie: W.J.M. van Veen, t.a.p.

(art. 2:18 BW) betekent dit tevens dat een vennootschap opgericht naar het recht van een andere lidstaat zich kan omvormen in, bij voorbeeld een BV beheerst door Nederlands recht, mits zij zich ook statutair in Nederland vestigt.<sup>4</sup> Daarbij is het niet van belang of de vennootschap is opgericht in een land dat het incorporatiestelsel hanteert of het werkelijke zetelstelsel, zodat de facto vennootschappen uit alle EU en EER lidstaten welkom zijn.

Nederland behoeft daarentegen niet toe te staan dat, bij voorbeeld, een BV met behoud van haar Nederlandse identiteit/nationaliteit haar statutaire zetel verplaatst naar een andere lidstaat, en vice versa, dat bij voorbeeld een Belgische BVBA zich statutair vestigt in Nederland, met behoud van haar Belgische vennootschapsrechtelijke identiteit/nationaliteit. De Nederlandse statutaire zetel vormt immers<sup>5</sup> het aanknopingspunt voor de toepassing van het Nederlandse vennootschapsstatuut. Strikt genomen behoeft Nederland – op grond van de letterlijke tekst van het Daily Mail arrest (r.o. 24) – evenmin toe te staan dat, bij voorbeeld, een BV met behoud van haar Nederlandse identiteit/nationaliteit haar centrale bestuurszetel en hoofdbestuur verplaatst naar een andere lidstaat, maar aangezien een dergelijke verplaatsing vanuit het Nederlandse internationaal rechtspersonenrecht gezien irrelevant is, omdat deze werkelijke zetel in het Nederlandse incorporatiestelsel geen aanknopingspunt is voor toepassing van Nederlands vennootschapsrecht en de verplaatsing daarmee een '*non-event*' is, staat Nederlands recht een dergelijke verplaatsing met behoud van Nederlandse identiteit/nationaliteit toe. Een dergelijke verplaatsing van de centrale bestuurszetel naar een andere lidstaat was aan de orde in de zaak National Grid Indus.

## 2. Het arrest National Grid Indus

### 2.1. Casus en geschil

National Grid Indus BV is onderdeel van de Engelse, beursgenoteerde National Grid groep die zich bezighoudt met de distributie van elektriciteit en gas. De BV verplaatst op 15 december 2000 haar feitelijke bestuurszetel (in Nederlandse fiscale termen: feitelijke leiding) van Nederland naar het Verenigd Koninkrijk. Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt vormt een dergelijke verplaatsing van het hoofdkantoor de opening van een 'branch' in het VK.<sup>6</sup> Voor toepassing van het Engelse belastingrecht en het (toenmalige) belastingverdrag met het VK is de BV vanaf dat moment fiscaal inwoner van het VK. Naar Nederlands belastingrecht blijft de BV weliswaar inwoner van Nederland voor de heffing van vennootschaps- en dividendbelasting (art. 2 lid 4 Wet Vpb '69 resp. 1 lid 3 Wet div.bel), maar op grond van vaste jurisprudentie komt vanwege de Engelse verdragswoonplaats het heffingsrecht over

---

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen, diss. Kluwer 1996, p. 19.

<sup>6</sup> Zie ook de vermelding van deze BV op de website [www.nationalgrid.com](http://www.nationalgrid.com), 'about us', onder 'company's registration information'.

de winst van de BV niet langer aan Nederland toe (met uitzondering van winst behaald met behulp van een Nederlandse vaste inrichting of andere Nederlandse inkomstenbronnen waarvan het verdrag de heffingsbevoegdheid aan Nederland toewijst; daarvan is echter i.c. geen sprake). Eveneens op grond van vaste jurisprudentie, gewezen voor toepassing van art. 16 Wet IB '64 dat via art. 8 Wet Vpb '69 van overeenkomstige toepassing was voor de vennootschapsbelasting, welke jurisprudentie (tezamen met de beoogde interpretatie van artikel 16 in de ogen van het Ministerie van Financiën, voor zover deze nog niet door de Hoge Raad was bevestigd) met ingang van 2001 is gecodificeerd in art. 15c Wet Vpb '69, diende de BV af te rekenen over (o.a.) stille reserves die door de werking van het belastingverdrag na de (fiscale) zetelverplaatsing niet langer onder het heffingsbereik van de Nederlandse vennootschapsbelasting vielen. De Nederlandse fiscus stelde zich op het standpunt dat de BV ten gevolge van deze fiscale zetelverplaatsing moest afrekenen over een aangegroeide (derhalve nog niet gerealiseerde) koerswinst van ruim 22 miljoen gulden op een vordering van ruim GBP 33 miljoen die de BV had op een in het VK gevestigde groepsmaatschappij National Grid Company Plc. De BV stelde zich op het standpunt dat, kort gezegd, een dergelijke acute belastingbetaling over niet-gerealiseerde winst in strijd komt met het vrije vestigingsrecht.

2.2. *Aan NGI voorafgaande jurisprudentie HvJ inzake exit tax (inkomstenbelasting)*

De stelling van de BV kwam niet uit de lucht vallen, gelet op de eerdere jurisprudentie van het HvJ over eindafrekening bij emigratie van natuurlijke personen in de zaken *De Lasteyrie du Saillant* (11 maart 2004, C-9/02) en *'N'* (7 september 2006, C-470/04). In beide zaken betrof het de belastingheffing over een nog niet gerealiseerde waardeinstijging van een aandelenpakket (aanmerkelijk belang i.g.v. N). In beide gevallen bood het Franse, respectievelijk het Nederlandse belastingrecht de mogelijkheid tot uitstel van betaling, op verzoek (derhalve niet automatisch) en op voorwaarde van het stellen van zekerheid voor de uitgestelde belastingbetaling en het vervullen van administratieve verplichtingen (zoals een emigratie aangifte, jaarlijkse aangifte, en in geval van *De Lasteyrie* het aanwijzen van een vertegenwoordiger in Frankrijk). Na een voorzichtige constatering in r.o. 39-45 (en onder verwijzing naar de bevoegdheid van de nationale, verwijzende rechter daartoe de feiten vast te stellen en te duiden) dat *De Lasteyrie* toegang had tot het recht op vrije vestiging, heeft het Hof in *De Lasteyrie* over de mogelijkheid van uitstel van betaling van de exit tax opgemerkt (r.o. 46-47):

“46. De belastingplichtige die zijn woonplaats van het Franse grondgebied naar het buitenland wenst te verplaatsen in het kader van de uitoefening van het hem bij artikel 52 van het Verdrag [JWB: thans art. 49 VWEU] gewaarborgde recht wordt (...) minder gunstig behandeld dan een persoon die zijn woonplaats in Frankrijk behoudt. Op de enkele grond van een dergelijke verplaatsing ontstaat voor de belastingplichtige een

belastingsschuld op inkomsten die nog niet zijn gerealiseerd en waarover hij bijgevolg niet beschikt, zulks terwijl, indien hij in Frankrijk zou blijven, de waardevermeerderingen enkele belastbaar zouden zijn wanneer en voor zover zij daadwerkelijke zouden worden gerealiseerd. Dit verschil in behandeling ter zake van de belasting van waardevermeerderingen, dat aanzienlijke gevolgen kan hebben voor het vermogen van de belastingplichtige die zijn woonplaats van Frankrijk naar het buitenland wenst te verplaatsen, kan een belastingplichtige afschrikken om die stap te zetten.

47. Het onderzoek van de wijze waarop de regeling in de praktijk wordt gebracht, bevestigt deze conclusie. Hoewel het mogelijk is uitstel van betaling te genieten, is dit uitstel immers niet automatisch en is het verbonden aan strikte voorwaarden (...) waaronder het verstrekken van een waarborg. Deze waarborg heeft uit zichzelf een belemmerende werking, daar hij de belastingplichtige het genot van het als waarborg verstrekte vermogen onthoudt.”

Het HvJ gaf hiermee aan dat ondanks het door Frankrijk geboden uitstel van betaling, de eindafrekening vanwege de daaraan verbonden voorwaarden een belemmering vormt van het vrije vestigingsrecht. Vervolgens honoreerde het HvJ geen van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden. Het feit dat Frankrijk zelf in het belastingverdrag met België haar heffingsrecht (over een eventuele koerswinst behaald door De Lasteyrie na zijn verhuizing naar België) had opgegeven, speelde daarbij geen rol aangezien volgens HvJ en A-G het geschil geen betrekking had op de verdeling van heffingsbevoegdheid tussen Frankrijk en België, maar louter nationale Franse wetgeving betrof. Dat was jammer, want de verdeling van heffingsbevoegdheden tussen staten in de vorm van een belastingverdrag, raakt aan de prelabelle vraag of een lidstaat bevoegd is een exit tax op te leggen bij grensoverschrijdende emigratie. In het belastingverdrag had Frankrijk (conform het OESO modelverdrag) de heffingsbevoegdheid over de aangegroeide winst die wordt gerealiseerd na de emigratie aan België ongeclausuleerd weggegeven, dus waarom zou Frankrijk nog een cesuur mogen aanbrengen tussen de periode voor en na de emigratie, en over de waardeaan groei ontstaan in de periode vóór de emigratie belasting mogen heffen? In De Lasteyrie was deze vraag niet aan de orde, al leek de eindafrekening als zodanig impliciet door het HvJ te zijn gesauveerd. In de 'N' zaak kwam het HvJ wel toe aan deze kwestie en gaf het daarin de volgende bevestiging ten principale dat een lidstaat uit een oogpunt van algemeen belang (als objectieve rechtvaardigingsgrond) eindafrekening mag verlangen over op haar grondgebied ontstane meerwaarden:

“46. Zoals de advocaat-generaal in de punten 96 en 97 van haar conclusie heeft beklemtoond, is het in overeenstemming met [het] fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, te weten het verblijf op nationaal grondgebied gedurende de periode waarin de belastbare winst is ontstaan, dat de betrokken nationale bepalingen de inning voorschrijven van de belasting op in Nederland ontstane waardeaan groei, waarvan het bedrag is vastgesteld bij het vertrek van de betrokken belastingplichtige naar het buitenland en waarvoor uitstel van betaling is verleend tot de daadwerkelijke vervreemding van de aandelen.”

Een ander belangrijk punt dat in de ‘N’ zaak aan de orde kwam, betrof de mogelijkheid dat de bij emigratie aanwezige meerwaarde van de aandelen na de emigratie geheel of deels weer kon verdampen. De Nederlandse Invorderingswet voorzag destijds ten aanzien van de inkomstenbelasting al in uitstel van betaling (‘conserverende aanslag’) voor emigrerende aanmerkelijk-belanghouders, maar dit systeem hield in het jaar dat in geschil was (1997) nog geen rekening met na de emigratie optredende verliezen, getuige ook de volgende beschrijving van het HvJ:

“37. Voorts werden waardeverminderingen na de verlegging van de woonplaats ten tijde van de feiten in het hoofdgeding niet in aanmerking genomen ter vermindering van de belastingschuld. Dit kon tot gevolg hebben dat de belasting over de niet-gerealiseerde, op het tijdstip van deze verlegging vastgestelde winst, waarvoor uitstel van betaling was verleend en die bij een latere vervreemding van de betrokken deelneming opeisbaar zou worden, hoger was dan de belasting die de belastingplichtige in geval van vervreemding op hetzelfde tijdstip had moeten voldoen zonder dat hij zijn woonplaats in Nederland naar het buitenland had verlegd. De inkomstenbelasting zou dan zijn berekend op basis van de bij de vervreemding daadwerkelijk gerealiseerde winst, welke lager of zelfs nihil had kunnen zijn.”

Het HvJ oordeelde vervolgens uit een oogpunt van proportionaliteit dat:

“54. (...) enkel als evenredig met het oog op het nagestreefde doel [kan] worden beschouwd een systeem voor de invordering van de belasting op inkomsten uit aandelen dat volledig rekening houdt met waardeverminderingen die na de verlegging van de woonplaats van de betrokken belastingplichtige kunnen optreden, tenzij reeds met deze waardeverminderingen rekening is gehouden in de lidstaat van ontvangst.”

Reeds naar aanleiding van het arrest *De Lasteyrie du Saillant* was met ingang van 1 januari 2005 (met terugwerkende kracht tot 11 maart 2004) de verlaging van de ter zake van emigratie verschuldigde belasting in verband met na emigratie gerealiseerde verliezen opgenomen in de wet<sup>7</sup> (huidig art. 26 lid 5 onderdeel a Inv. Wet).

Met deze voor de belastingheffing van natuurlijke personen gewezen arresten had het HvJ derhalve al een aantal belangrijke pijnpunten geslagen, voordat de kwestie van eindafrekening bij zetelverplaatsing in de vennootschapsbelasting aan de orde kwam in *National Grid Indus*. Kort samengevat waren deze reeds geslagen pijnpunten:

- eindafrekening bij emigratie van natuurlijke personen is – in beginsel – een op grond van het algemeen belang gerechtvaardigde belemmering van de vrijheid van vestiging;
- uitstel van betaling tot daadwerkelijke realisatie van de meerwaarden (na emigratie), of zelfs leidend tot afstel na het verstrijken van een zekere termijn (5 jaar in Frankrijk, 10 jaar in Nederland), was in beide procedures een

---

<sup>7</sup> Wet van 16 december 2004, houdende wijziging van enkele belastingwetten c.a. (Overige fiscale maatregelen 2005), Stb. 2004, 654.

- gegeven, dus de vraag of uitstel van betaling een noodzakelijke voorwaarde is om eindafrekening acceptabel te achten uit een oogpunt van proportionaliteit kan alleen maar veronderstellenderwijs worden bevestigd (derhalve een veronderstelde piketpaal);
- zekerheidsstelling als voorwaarde voor uitstel van betaling gaat verder dan strikt noodzakelijk is voor het verzekeren van het functioneren en de doeltreffendheid van een op het fiscale territorialiteitsbeginsel gebaseerd belastingstelsel (welk belastingstelsel is dat overigens niet?) en deze eis is derhalve niet toegestaan;
  - met verliezen opgetreden na emigratie moet de lidstaat van oorsprong rekening houden, tenzij daarmee al rekening is gehouden in de lidstaat van ontvangst.

Het systeem van eindafrekening bij emigratie in de inkomstenbelasting (met uitstel van betaling zoals voorzien in de invorderingswet), liep mede ten gevolge van deze jurisprudentie ver vooruit op de behandeling van emigratie in de vennootschapsbelasting.

### 2.3. *De eindafrekening in de vennootschapsbelasting waarmee NGI werd geconfronteerd*

Een binnenlands belastingplichtige vennootschap die haar feitelijke leiding naar het buitenland verplaatst, dient volgens vaste jurisprudentie gewezen op basis van (oud) art. 16 Wet IB '64 jo. Art. 8 Vpb, en sinds 2001 op grond van art. 15c Wet Vpb '69, af te rekenen over haar stille reserves, open fiscale reserves en goodwill indien zij ofwel op grond van de nationale wet niet langer binnenlands belastingplichtig is, ofwel op grond van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting als inwoner van het verdragsland moet worden aangemerkt. 'Afrekenen' houdt in dat de vennootschap deze niet-gerealiseerde reserves en goodwill moet opnemen in haar belastinggrondslag in het jaar van emigratie, alsof zij de onderliggende vermogensbestanddelen tegen de waarde in het economisch verkeer had verkocht, hetgeen in feite neerkomt op een verplichte herwaardering van activa en passiva naar de waarde in het economisch verkeer (alsmede een belaste vrijval voor wat betreft de 'open' fiscale reserves zoals de herinvesteringsreserve). Met de invoering van art. 15c Wet Vpb '69 heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat alleen hoeft te worden afgerekend over vermogensbestanddelen waarvan de heffing ten gevolge van de emigratie (al dan niet op grond van de nationale wet of ten gevolge van de toewijzing van heffingsbevoegdheid op grond van het toepasselijke belastingverdrag) niet langer aan Nederland toekomt. Met andere woorden, de eindafrekeningsverplichting ziet op die vermogensbestanddelen die aan het Nederlandse heffingsbereik worden onttrokken.

Inmiddels heeft de Hoge Raad art. 16 Wet IB '64, dat op grond van de letterlijke tekst niet voorzag in een dergelijke partiële eindafrekeningsverplichting, met een

doel en strekking redenering op dezelfde wijze geïnterpreteerd.<sup>8</sup> Niet alleen om deze reden doet het onderscheid tussen artikel 16 Wet IB '64 en art. 15c Wet Vpb '69 er niet veel toe. De verplaatsing van National Grid Indus BV van Nederland naar het Verenigd Koninkrijk geschiedde immers in een jaar dat art. 16 Wet IB '64 nog van toepassing was. Echter ook omdat National Grid Indus BV geen vermogensbestanddelen in Nederland achterliet, en bovendien de stille reserve besloten lag in een vermogensbestanddeel, namelijk de vordering in Britse ponden, waarvan niet in geschil was dat deze met de verplaatsing van de feitelijke leiding van de BV 'mee verhuisde' naar het Verenigd Koninkrijk, speelde de vraag naar 'partiële' eindafrekening hier geen rol. Slechts van belang is dat de BV (op de voet van art. 16 Wet IB '64 jo. Art. 8 Wet Vpb '69) geconfronteerd werd met de verplichting om de niet gerealiseerde koerswinst van NLG 22 miljoen in haar aangifte vennootschapsbelasting over dat jaar op te nemen als bestanddeel van haar belastbare winst, zonder enige mogelijkheid van uitstel van betaling van de daarop volgende (voorlopige en daarna gevolgde definitieve) aanslag vennootschapsbelasting tot op het moment van daadwerkelijke realisatie van deze boekwinst.

Voor een diepgaande beschouwing over de situaties en modaliteiten van eindafrekening in de vennootschapsbelasting zij verwezen naar de bijdrage van Pötgens aan deze bundel, die daarbij ingaat op het onderscheid tussen naar Nederlands recht en naar vreemd recht opgerichte vennootschappen die hun bestuurszetel naar het buitenland verplaatsen, alsmede op het overbrengen van vermogensbestanddelen met stille reserve van een Nederlandse vaste inrichting naar een buitenlands hoofdhuis (waarbij eveneens voornoemd onderscheid naar oprichtingsrecht van de vennootschap een rol speelt in verband met de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet Vpb '69). Voor de volledigheid zij opgemerkt dat verplaatsing van (de feitelijke leiding van) National Grid Indus BV naar het Verenigd Koninkrijk niet leidde tot een afrekening voor de Nederlandse dividendbelasting over winstreserves die door de werking van verplichte herwaardering op de voet van art. 16 Wet IB '64 jo. Art. 8 Wet Vpb '69 bij NGI – in elk geval op de fiscale balans – waren ontstaan. De Wet op de dividendbelasting 1965 kent een dergelijke eindafrekeningsverplichting immers niet.<sup>9</sup>

#### 2.4. *De prejudiciële vragen*

De stelling van de BV dat de verplichte eindafrekening, zonder mogelijkheid van uitstel van betaling van de daaruit voortvloeiende vennootschapsbelastingsschuld, en zonder mogelijkheid een waardedaling van de vordering na emigratie in aanmerking te nemen, bracht in hoger beroep het Hof Amsterdam tot het voorleggen van de volgende prejudiciële vragen aan het HvJ:

---

<sup>8</sup> HR 1 maart 2013, BNB 2013/94.

<sup>9</sup> Zie hierover de uitgebreide verhandeling van H.E. Kostense in: *De vestigingsplaatsficties in de IB, de Vpb en de dividendbelasting*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap No. 219, Kluwer, p. 87-314.

- 1) Kan, indien een lidstaat aan een naar het recht van die lidstaat opgerichte vennootschap die vanuit die lidstaat haar feitelijke zetel verplaatst naar een andere lidstaat, ter zake van deze zetelverplaatsing een fiscale eindafrekeningsheffing oplegt, deze vennootschap zich, naar de huidige stand van het gemeenschapsrecht, tegenover die lidstaat beroepen op artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU)?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: is een eindafrekeningsheffing als de onderhavige, die de meerwaarden in de vanuit de lidstaat van vertrek naar de lidstaat van aankomst verplaatste vermogensbestanddelen van de vennootschap, zoals deze ten tijde van haar zetelverplaatsing aanwezig worden bevonden, zonder uitstel en zonder de mogelijkheid latere waardeverliezen in aanmerking te nemen, in de heffing betreft, in strijd met artikel 43 EG (thans artikel 49 VWEU), in die zin dat een dergelijke eindafrekeningsheffing niet kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak tot verdeling van heffingsbevoegdheden tussen de lidstaten?
- 3) Is het antwoord op de vorige vraag mede afhankelijk van de omstandigheid dat de onderhavige eindafrekeningsheffing betrekking heeft op een onder de Nederlandse belastingjurisdictie aangegroeide (valuta)winst, terwijl deze winst in het land van aankomst onder het daar geldende belastingregime niet tot uitdrukking kan komen?"

De kwestie aangestipt in deze laatste (deel)vraag maakte National Grid Indus meteen tot een atypische casus. Immers, de vordering in Britse ponden kon na de verplaatsing naar het Verenigd Koninkrijk geen koersresultaat meer genereren, omdat National Grid Indus BV als binnenlands belastingplichtige in het VK haar winst vanaf het moment van de verplaatsing in Britse ponden berekende. Dus het ontbreken van de mogelijkheid verliezen (waardedalingen van de stille reserve waarover bij vertrek is afgerekend) na emigratie in aanmerking te nemen, vormde voor NGI uit praktisch oogpunt geen obstakel, omdat voor haar een dergelijk verlies – althans naar Engelse fiscale maatstaven gemeten – zich toch niet zou kunnen voordoen.

## 2.5. *De uitspraak van het HvJ*

Omdat het arrest in de fiscale literatuur al diverse malen is besproken,<sup>10</sup> ga ik voorbij aan de opinie van A-G Kokott, en steek ik meteen door naar de uitkomst van dit arrest.

### *De eerste vraag*

Ten aanzien van de toegang tot de vestingsvrijheid van art. 49 VWEU, de eerste prejudiciële vraag, herhaalt het HvJ – onder verwijzing naar Daily Mail, Überseering

---

10 Zie de literatuur vermeld in voetnoot 3 van de bijdrage van Pötgens aan deze bundel.



en Cartesio, dat het een lidstaat vrij staat – geparafraseerd – bij de oprichting van vennootschappen en het voortbestaan daarna te kiezen tussen het incorporatiestelsel en het werkelijke-zetelstelsel, en uit dien hoofde ook vrijstaat aan naar eigen recht opgerichte vennootschappen beperkingen te stellen ten aanzien van de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel met behoud van rechtspersoonlijkheid volgens het recht van die lidstaat van oprichting (r.o. 25-27). Al snel concludeert het HvJ echter dat de verplaatsing van de feitelijke leiding (de feitelijke bestuurszetel) van Nederland naar het VK geen invloed heeft op de toepassing van Nederlands recht op NGI, die derhalve gewoon voort blijft bestaan als ‘Nederlandse’ BV, zowel vanuit Nederlands als vanuit Engels perspectief. Van de eerder genoemde, door het HvJ gesauveerde bevoegdheid van een lidstaat (i.c. Nederland) om beperkingen te stellen voortvloeiend uit de keuze van het aanknopingspunt voor toepasselijke recht, is in het onderhavige geval derhalve geen sprake, met als gevolg dat NGI zich onverminderd op art. 49 VWEU kan beroepen (r.o. 32). Niet verrassend concludeert het HvJ dan ook dat de verplichting tot eindafrekening voor de Nederlandse vennootschapsbelasting kan worden getoetst aan het vrije vestigingsrecht.

Wat wel enigszins verbaast, is dat de cirkel, begonnen met het Daily Mail arrest in 1988 nu rond is, met een nagenoeg identieke casus (zetelverplaatsing met Nederland en het VK als betrokken landen, zonder invloed op het toepasselijke recht en daarmee zonder invloed op het voortbestaan van de vennootschap), maar met een groot verschil in uitkomst: in Daily Mail concludeerde het HvJ dat geen bescherming van het vrije vestigingsrecht kon worden ingeroepen, in NGI concludeerde het HvJ het tegenovergestelde, echter met instandhouding van de dragende overwegingen van het Daily Mail arrest omtrent de soevereiniteit van het oprichtingsland ten aanzien van het toepassen van het eigen vennootschapsrecht. Is het HvJ nu wel of niet ‘om’ gegaan?

#### *De tweede vraag*

De tweede vraag betrof allereerst de aanvaardbaarheid van de onverkorte Nederlandse eindafrekeningsverplichting. Gelet op de stand van zaken na De Lasteyrie en ‘N’ leek het een schot voor open doel dat het Nederlandse regime een strijdige belemmering van het vrije vestigingsrecht zou opleveren vanwege de acute betalingsverplichting en het feit dat verliezen (waardedalingen) na emigratie niet in aanmerking werden genomen. De redenering van het HvJ verliep echter anders. Waar uitstel van betaling in De Lasteyrie en ‘N’ een redelijk eendimensionaal probleem was dat eenvoudig kon worden opgelost door aan te sluiten bij daadwerkelijke realisatie van de bij emigratie aangetroffen meerwaarde (zoals Frankrijk en Nederland reeds in hun wetgeving hadden neergelegd), blijkt dit in de winstsfeer minder eenvoudig te zijn. Zoals bij andere gelegenheid reeds opgemerkt,<sup>11</sup> gaat het bij de verplaatsing van een onderneming niet om de waardestijging van één enkel vermogensbestanddeel, maar om een scala van stille reserves, fiscale reserves en goodwill, waarbij eufemistisch gezegd, het niet altijd gemakkelijk is om vast te stellen wanneer een stille reserve of goodwill

---

11 J.W. Bellingwout en M. Koerts, Cartesio, drie jaar later..., Weekblad Fiscaal Recht 2012/12.

is gerealiseerd. Buiten de gevallen van een vervreemding, na emigratie, van het onderliggende vermogensbestanddeel, valt immers niet goed aan te wijzen of en zo ja welk deel van de (jaar)winst behaald na emigratie in feite een realisatie vormt van ten tijde van de emigratie aanwezige stille reserves en goodwill. Eerder heb ik het voorbeeld van de vrachtwagen gebruikt die sneller was afgeschreven dan zijn reële economische waardedaling en die gebruikt wordt in de onderneming totdat hij als oud ijzer wordt afgevoerd naar 'de sloop'. Wat is de bijdrage van deze vrachtwagen aan de winst, welk winstbestanddeel van jaar tot jaar vervolgens als 'realisatie' van de bij emigratie in aanmerking genomen stille reserve in aanmerking moet worden genomen als reden voor (partiële) beëindiging van het betalingsuitstel? Een ander voorbeeld betreft de bij emigratie in aanmerking genomen goodwill. Welk deel van de (jaar)winst na emigratie staat tegenover deze goodwill, in die zin dat die winst als 'realisatie' van de ten tijde van emigratie in aanmerking genomen goodwill kan worden beschouwd. Is dit wel te traceren?

Het HvJ maakt zich, na de worsteling van A-G Kokott met deze materie, vrij gemakkelijk af van deze kwestie. Na eerst te hebben herhaald dat het "in overeenstemming [is] met het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, te weten de fiscale woonplaats op het nationale grondgebied in het tijdvak waarin de belastbare winst is ontstaan, dat de meerwaarde die is aangegroeid in de lidstaat van oorsprong wordt belast op het moment waarop de feitelijke bestuurszetel van de betrokken vennootschap wordt verplaatst" (r.o. 60, in feite al aangekondigd in r.o. 52), concludeert het HvJ dat "de vermogenssituatie van een vennootschap dermate complex kan zijn dat het grensoverschrijdend nauwkeurig zicht houden op het lot van al de tot het uitstaande en vlottende kapitaal behorende bestanddelen tot aan de realisatie van de latente meerwaarden in de bestanddelen van die vennootschap vrijwel onmogelijk is" (r.o. 70). Omdat "een dergelijke monitoring een inspanning vergt die voor de betrokken vennootschap aanzienlijke of zelfs buitensporige lasten met zich zou brengen" (r.o. 70), tovert het HvJ het konijn uit de hoed van een keuzeregime:

"71. Het kan dus niet worden uitgesloten dat de administratieve last die de door de Commissie gesuggereerde jaarlijkse verklaring zou inhouden, die noodzakelijkerwijs betrekking zou hebben op elk vermogensbestanddeel waarvoor een latente meerwaarde is vastgesteld op het moment van de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel van de betrokken vennootschap, voor deze laatste als zodanig een beperking van de vrijheid van vestiging met zich zou brengen die voor die vrijheid niet noodzakelijkerwijs minder ingrijpend zou zijn dan de onmiddellijke invordering van de belastingschuld die met deze meerwaarde samenhangt.

72. Daarentegen zouden in andere situaties de aard en de omvang van het vermogen van de vennootschap dusdanig kunnen zijn dat eenvoudig zicht kan worden gehouden op de vermogensbestanddelen waarvoor een meerwaarde is vastgesteld op het moment waarop de betrokken vennootschap haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat heeft verplaatst.

73. In die omstandigheden zou een nationale regeling die de vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, de keuze biedt tussen, enerzijds, de onmiddellijke betaling van het bedrag van de heffing, hetgeen tot een liquiditeitsnadeel zou leiden maar haar zou vrijstellen van latere administratieve lasten, en, anderzijds, de uitgestelde betaling van het bedrag van genoemde heffing, in voorkomend geval inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling, hetgeen voor de betrokken vennootschap noodzakelijkerwijs gepaard gaat met een administratieve last in verband met de monitoring van de verplaatste activa, een maatregel vormen die, als maatregel die geschikt is om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, minder zou ingrijpen in de vrijheid van vestiging dan de maatregel die in het hoofdgeding aan de orde is. In het geval waarin een vennootschap meent dat de met de uitgestelde invordering verbonden lasten buitensporig zijn, zou zij immers voor onmiddellijke betaling van de heffing kunnen kiezen.”

Volgens het HvJ dient de belastingplichtige derhalve de mogelijkheid te hebben te kiezen tussen onmiddellijke betaling en uitstel tot het moment van realisatie.

Het deel van de tweede vraag dat ziet op de mogelijkheid om latere waardedalingen in aanmerking te nemen leek, zoals gezegd eveneens een schot voor open doel. Echter – weliswaar in lijn met de opinie van A-G Kokott – oordeelde het HvJ verrassend dat de eindafrekening in het land van vertrek niet afhankelijk is van de behandeling in het land van aankomst:

“58. Daar waar in een situatie zoals die in het hoofdgeding, de winst van de vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel heeft verplaatst, pas na genoemde zetelverplaatsing wordt belast in de lidstaat van ontvangst, overeenkomstig het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, staat het, gelet op eerdergenoemd verband tussen de activa van een vennootschap en haar belastbare winst – en derhalve om redenen die verband houden met de symmetrie tussen het recht om belasting over winst te heffen en de mogelijkheid om verlies in aftrek te brengen –, tevens aan deze laatste lidstaat om in zijn belastingregime rekening te houden met fluctuaties in de waarde van de activa van de betrokken vennootschap die zijn opgetreden na de datum waarop de lidstaat van oorsprong elke fiscale aanknopings met genoemde vennootschap heeft verloren.

59. In die omstandigheden is de lidstaat van oorsprong, anders dan de Commissie suggereert, niet verplicht om rekening te houden met eventuele koersverliezen die zijn opgetreden na de verplaatsing, door National Grid Indus, van haar feitelijke bestuurszetel naar het Verenigd Koninkrijk, tot aan de terugbetaling of de vervreemding van de door genoemde vennootschap gehouden vordering. De heffing die over de latente meerwaarden is verschuldigd, wordt immers vastgesteld op het moment waarop de heffingsbevoegdheid van de lidstaat van oorsprong ten aanzien van de betrokken vennootschap ophoudt te bestaan, in casu op het moment van de verplaatsing van de zetel van genoemde vennootschap. Zowel de inaanmerkingneming van een koerswinst als van een koersverlies door de lidstaat van oorsprong, die zijn opgetreden na de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel, zouden niet alleen het gevaar in zich bergen dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in het gedrang komt, maar zouden ook kunnen leiden tot dubbele belasting en dubbele

verliesverrekening. Dit zou onder meer het geval zijn bij een vennootschap die een vordering in ponden sterling als die in het hoofdgeding houdt, die haar zetel verplaatst van een lidstaat waarvan de munteenheid de euro is naar een andere lidstaat van de eurozone.

60. De omstandigheid dat in een situatie als die in het hoofdgeding, de verplaatsing van de feitelijke bestuurszetel van de vennootschap naar het Verenigd Koninkrijk ertoe heeft geleid dat het valutarisico is verdwenen, aangezien de vordering in ponden sterling na de verplaatsing van genoemde zetel ook in die munteenheid tot uitdrukking komt in de balans van de vennootschap, is in dit verband zonder gevolgen. Het is immers in overeenstemming met het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, te weten de fiscale woonplaats op het nationale grondgebied in het tijdvak waarin de belastbare winst is ontstaan, dat de meerwaarde die is aangegroeid in de lidstaat van oorsprong wordt belast op het moment waarop de feitelijke bestuurszetel van de betrokken vennootschap wordt verplaatst.

61. Zoals bovendien volgt uit punt 58 van het onderhavige arrest, houdt het belastingregime in de lidstaat van ontvangst op het moment van realisatie van de activa van de betrokken vennootschap, in beginsel rekening met de meerwaarden en de waardeverliezen die met deze activa zijn gerealiseerd sinds de verplaatsing van haar zetel. De eventuele niet-inaanmerkingneming van waardeverminderingen door de lidstaat van ontvangst, verplicht de lidstaat van oorsprong er echter geenszins toe om op het moment van de realisatie van de betrokken activa over te gaan tot een herbeoordeling van een belastingschuld die definitief is vastgesteld op het moment waarop de betrokken vennootschap, wegens de verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel, is opgehouden in die laatste lidstaat aan belasting onderworpen te zijn.

62. In dat opzicht moet eraan worden herinnerd dat het Verdrag een vennootschap die onder artikel 54 VWEU valt, niet de garantie biedt dat de verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat fiscaal neutraal is. Gelet op de verschillen tussen de regelingen van de lidstaten ter zake, kan een dergelijke verplaatsing naargelang van het geval voor een vennootschap op het vlak van de belastingen meer of minder voor- of nadelig uitvallen (zie in die zin arresten van 15 juli 2004, Lindfors, C-365/02, Jurispr. blz. I-7183, punt 34; 12 juli 2005, Schempp, C-403/03, Jurispr. blz. I-6421, punt 45, en 20 mei 2008, Orange European Smallcap Fund, C-194/06, Jurispr. blz. I-3747, punt 37). De vrijheid van vestiging kan immers niet aldus worden begrepen dat een lidstaat verplicht is, zijn belastingregeling af te stemmen op die van een andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat in alle situaties de belasting aldus wordt geheven dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen (zie arrest van 28 februari 2008, Deutsche Shell, C-293/06, Jurispr. blz. I-1129, punt 43)."

De argumentatie van het HvJ voor wat betreft het gevaar van dubbele belasting of dubbele verliesverrekening overtuigt niet, temeer daar het HvJ haar argumentatie bewust heeft losgekoppeld van de vraag of het land van ontvangst een step up hanteert (in de conclusie van A-G Kokott, par. 77, was dit namelijk uitdrukkelijk aan de orde gesteld). Het gevaar voor dubbele verliesverrekening speelt alleen dan indien het andere land een step up toekent (en derhalve de belastingplicht aanvangt op de waarde in het economisch verkeer van de vermogensbestanddelen) en het

gevaar van dubbele belasting doet zich juist voor indien het andere land geen step up toekent en de vermogensbestanddelen na emigratie nog verder in waarde stijgen. Het HvJ steunt aan de ene kant op het argument van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, waarbij elk land zijn eigen territoriale heffingsbevoegdheid, in de tijd bezien, mag effectueren, maar wijst aan de andere kant op de dispariteiten die dit oplevert gelet op het ontbreken van vergaande harmonisatie. Het zou te verkiezen zijn geweest indien het HvJ eindafrekening en step up aan elkaar zou hebben gekoppeld, maar nu dit niet het geval is valt derhalve niet te verwachten dat de aansluiting tussen lidstaat van vertrek en lidstaat van ontvangst verder zal worden verfijnd, in die zin dat de lidstaat van ontvangst door het HvJ zou worden gedwongen om een step up te hanteren indien in de lidstaat van vertrek is afgerekend over de waarde in het economisch verkeer. Een – zo te zien: bewust – gemiste kans.

#### *De derde vraag*

De ontkoppeling van eindafrekening in het land van vertrek van de fiscale behandeling in het land van aankomst, maakt vervolgens de weg vrij voor het HvJ om te oordelen dat het wegvallen van het valutaresultaat in het land van ontvangst – en daarmee het wegvallen van de mogelijkheid voor National Grid Indus BV om in het VK ooit nog een valutaverlies te realiseren bij een koersdaling van het Britse pond, hetgeen de Nederlandse eindafrekening over de alsdan verdampde valutakoerswinst zou kunnen compenseren (tariefsverschillen daargelaten) – niet relevant is:

“64. Uit het voorgaande volgt dat artikel 49 VWEU zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat krachtens welke het bedrag van de heffing over de latente meerwaarden in vermogensbestanddelen van een vennootschap definitief wordt vastgesteld – zonder eventuele later optredende waardeverminderingen of meerwaarden in aanmerking te nemen – op het moment waarop de vennootschap, wegens de verplaatsing van haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat, ophoudt in de eerste lidstaat belastbare winst te genieten. Het is onverschillig in dit verband dat de belaste latente meerwaarden betrekking hebben op valutawinsten die niet tot uitdrukking kunnen komen in de lidstaat van ontvangst, gelet op het daar geldende belastingregime.”

#### *Bankgarantie en rentedragend uitstel van betaling*

Tot slot heeft het HvJ in deze procedure nog twee andere belangrijke thema's aangeroerd, welke strikt genomen buiten de beantwoording van de gestelde prejudiciële vragen vielen en waarover het standpunt van het HvJ dan ook niet terugkeert in het dictum. Het HvJ heeft zich 'en passant', en ingaand tegen de met De Lasteyrie en 'N' geschapen verwachtingen, positief uitgelaten over de mogelijkheid van een lidstaat om zekerheid te verlangen als voorwaarde voor het verlenen van betalingsuitstel, en lijkt voorts lidstaten de ruimte te geven rente in rekening te brengen over het bedrag van het uitstel van betaling. Gaarne verwijs ik naar de bijdrage van Pötgens elders in deze bundel die uitgebreid op beide punten ingaat.

### 3. Uitgeleide

Mijn teleurstelling over dit arrest heb ik aan het begin van deze bijdrage reeds geuit. Tegenover het positieve element dat, naar keuze, uitstel van betaling tot het moment van realisatie van de stille reserve of goodwill moet worden geboden, staan de teleurstellende oordelen dat met latere waardedalingen geen rekening behoeft te worden gehouden, dat onder omstandigheden zekerheid mag worden verlangd, en dat overeenkomstig de toepasselijke nationale regelingen rente in rekening mag worden gebracht. De Nederlandse wetgever heeft deze beperkingen grif overgenomen in de Nederlandse wettelijke regeling (art. 25a Inv. Wet<sup>12</sup>) die naar aanleiding van deze procedure is ingevoerd. Daarin is evenmin de mogelijkheid geboden latere verliezen in aanmerking te nemen, kan de belastingdienst zekerheid verlangen, en dient, zelfs jaarlijks, rente te worden betaald over de uitgestelde belasting.

Voor wat betreft de mogelijkheid van uitstel tot aan realisatie verschaft de nieuwe wettekst (met de onderliggende parlementaire stukken) net zo min duidelijkheid als het HvJ wat onder 'realisatie' moet worden verstaan. Ik sluit dan ook niet uit dat nieuwe procedures volgen over deze vraag. Iets anders dat in het oog springt is de reikwijdte van dit arrest. Terecht heeft de Nederlandse wetgever ook grensoverschrijdende bedrijfsfusie, juridische fusie en splitsing onder de reikwijdte van art. 25a Inv. Wet gebracht, evenals de overbrenging van activa van een Nederlandse vaste inrichting naar een buitenlands (EU/EER) hoofdhuis. Zie hierover ook de bijdrage van Pötgens elders in deze bundel.

Wat opvalt is dat de overbrenging van vermogensbestanddelen met stille reserves door een in Nederland gevestigde vennootschap naar haar buitenlandse vaste inrichting niet onder de reikwijdte van art. 25a Inv. Wet valt. Binnen de definitie van art. 25a lid 1 Inv. Wet is dit begrijpelijk, aangezien deze bepaling aangrijpt bij het onderscheid in het in aanmerking nemen van winstbestanddelen al naargelang de belastingplichtige wel of niet in Nederland zou zijn gebleven. Bij de overbrenging van vermogensbestanddelen naar een buitenlandse vaste inrichting blijft de belastingplichtige immers in Nederland. Er vanuit gaand dat de overbrenging van vermogensbestanddelen naar een nieuwe of bestaande vaste inrichting in een andere lidstaat onder de vrijheid van vestiging valt, is het echter de vraag of het National Grid Indus arrest ten aanzien van deze overbrenging niet evenzeer van toepassing is, zodat de keus moet worden geboden pas belasting te betalen ten tijde van realisatie van de stille reserve.

Binnen het huidige systeem van de objectvrijstelling voor vaste inrichtingswinst, resulteert een dergelijke overbrenging in een forfaitaire afrekening, evenredig aan de afschrijving op basis van de waarde in het economisch verkeer waarvoor het

---

12 Wet van 14 mei 2013 tot wijziging van de Invorderingswet 1990 (Wet uitstel van betaling exithetffingen), Stbl. 2013/183.

vermogensbestanddeel ter bepaling van de vrij te stellen buitenlandse vaste inrichtingswinst te boek komt te staan bij de vaste inrichting. Hoewel dit minder belemmerend oogt dan de acute eindafrekening met betalingsverplichting waarmee National Grid Indus BV werd geconfronteerd, valt niet op voorhand uit te sluiten dat deze forfaitaire eindafrekening eveneens een belemmering vormt van de vrijheid van vestiging op een wijze die verder gaat dan nodig om het beoogde doel te bereiken.<sup>13</sup> Nu de wet een regime kent voor uitstel van betaling tot aan het moment van realisatie, zou dit regime zonder probleem ook kunnen worden toegepast op vermogensbestanddelen die de grens overgaan in de context van overbrenging naar een vaste inrichting. Het feit dat art. 25a Inv. Wet ook van toepassing is op grensoverschrijdende fusies e.d. maakt dit een kleine stap.

De vergelijking met fusie en (af)splitsing opent nog een wijder perspectief. Nog een stapje verder is namelijk de vraag of het arrest National Grid Indus BV niet evenzeer van toepassing moet worden geacht op de overdracht van vermogensbestanddelen – onder bijzondere titel – naar groepsvennootschappen in het buitenland. In binnenlandse verhoudingen zou de afrekening over stille reserves in deze situaties kunnen worden voorkomen door de transactie te laten plaatsvinden binnen fiscale eenheid. Nu geen fiscale eenheid mogelijk is met een buitenlandse groepsvennootschap (zonder vaste inrichting in Nederland), kan gesteld worden dat de acute afrekening over stille reserves in de grensoverschrijdende (EU/EER) inter-company transactie een niet gerechtvaardigde belemmering vormt van het vrije vestigingsrecht van de ontvangende vennootschap.<sup>14</sup> Indien de ontvangende vennootschap zich committeert aan de administratieve verplichtingen van art. 25a Inv. Wet, is er niets op tegen de belasting over de gefixeerde meerwaarde bij de overdragende vennootschap pas te innen op het moment dat de verkrijgende vennootschap de meerwaarde (al dan niet nog steeds aanwezig) realiseert. Dat hier sprake is van een overstap van de ene naar de andere belastingplichtige is geen probleem, zo'n overstap doet zich immers evenzeer voor ingeval van bedrijfsfusie, juridische fusie of (af)splitsing. Zo kan een teleurstelling toch nog worden omgebogen in een aanlokkelijk toekomstperspectief!

---

13 Zie voor een andersluidende opvatting, die vanwege het willekeurige en forfaitaire karakter van de afschrijvings-techniek niet overtuigt (immers de mate van afschrijving kan toch niet het antwoord bieden op de vraag in welke mate een stille reserve daadwerkelijk wordt gerealiseerd): *Kamerstukken II* (2011-2012) 33 262 (Wet uitstel van betaling exithetffingen), nr. 3, p. 5, waarin de staatssecretaris teruggrijpt op het voorbeeld van de afgeschreven vrachtwagen.

14 De Hoge Raad (HR 21 september 2012, nr. 10/05268) heeft in de context van art. 10d Wet Vpb '69 reeds negatief beslist op een vergelijkbare stelling. Het valt echter niet uit te sluiten dat (i) het HvJ hier anders over denkt dan de Nederlandse Hoge Raad en (ii) aan het verschil tussen de toepassing van art. 10d als generieke grondslag-beschermende maatregel en de afrekening over specifieke vermogensbestanddelen die het land verlaten argumenten kunnen worden ontleend om ter zake van deze afrekening anders te oordelen.

# Wet uitstel van betaling exitheffingen; een gemiste kans?

*Prof. mr. F.P.G. Pötgens<sup>1</sup>*

## 1. Inleiding

Als reactie op het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie te Luxemburg (hierna: “HvJ”) van 29 november 2011, zaak C-371/10, National Grid Indus BV (hierna: “National Grid-arrest”) heeft de Nederlandse wetgever de Wet uitstel van betaling exitheffingen het licht doen zien. Deze wet is op 31 mei 2013 in werking getreden met terugwerkende kracht tot en met 29 november 2011, zijnde de datum waarop het HvJ het National Grid-arrest heeft gewezen.

In het National Grid-arrest was de eindafrekening in de vennootschapsbelasting aan de orde (art. 16 Wet IB 1964 juncto art. 8 Wet Vpb 1969) dewelke eindafrekening per 1 januari 2001 is neergelegd in artikelen 15c en 15d Wet Vpb 1969. Doordat National Grid Indus BV haar plaats van werkelijke leiding naar het Verenigd Koninkrijk had verplaatst, diende zij direct af te rekenen over de latente meerwaarden die besloten waren in een vordering die zij aanhield op haar in het Verenigd Koninkrijk gevestigde grootmoedervenootschap. Het HvJ heeft zich in het National Grid-arrest als volgt uitgelaten over de houdbaarheid van de Nederlandse eindafrekeningsbepaling in de winstfeer (art. 16 Wet IB 1964; art. 15c en art. 15d Wet Vpb 1969, almede art. 3.60 en art. 3.61 Wet IB 2001) met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU):<sup>2</sup>

1. Een Nederlandse BV die haar feitelijke leiding verplaatst naar een andere lidstaat (in casu het VK) kan een beroep doen op art. 49 VWEU;
2. De Nederlandse eindafrekening in de vennootschapsbelasting is een belemmering van de vrijheid van vestiging;
3. Deze belemmering is gerechtvaardigd vanwege het territorialiteitsbeginsel met een temporele component;
4. De Nederlandse exitheffing is geschikt de sub. 3 genoemde doelstelling te verwezenlijken;

---

<sup>1</sup> Prof. mr. F.P.G. Pötgens, hoogleraar Internationaal en Europees Belastingrecht, *Vrije Universiteit Amsterdam*, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel en Ondernemingsrecht (ZIFO), en werkzaam als belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Westboek NV te Amsterdam.

<sup>2</sup> Vergelijk tevens HR 13 januari 2012, nr. 08/05322, BNB 2012/199.



5. De exitheffing is proportioneel wat betreft de vaststelling van de belastingsschuld, maar zij is disproportioneel indien zij onverkort een directe invordering van de belastingheffing voorschrijft op het moment van de zetelverplaatsing.

Gezien de betrokkenheid van de schrijver dezes bij het National Grid-arrest onthoud ik mij van kritiek hierop en analyse hiervan; ik volsta met verwijzingen naar de literatuur<sup>3</sup> en de bijdrage van Bellingwout. Daar waar elementen uit deze wetgeving aan de orde komen die (rechtstreeks) verband houden met het National Grid-arrest, wordt volstaan met verwijzingen naar opmerkingen daarover in de literatuur e.d. De uitgangspunten van het National Grid-arrest zijn overigens herbevestigd door het HvJ in een aantal inbreukprocedures dat de Europese Commissie heeft ingesteld tegen diverse lidstaten (waaronder overigens Nederland<sup>4</sup>).<sup>5</sup> Deze bijdrage beoogt de hiervoor genoemde wet die van kracht is geworden als reactie op het National Grid-arrest aan een kritische beschouwing te onderwerpen. Daartoe wordt eerst een korte beschrijving gegeven van deze wet en haar doel en strekking (§ 2.2.A t/m C). Daarna wordt ingegaan op de relatie tussen een aantal modaliteiten van deze wetgeving en de jurisprudentie (onder meer van het HvJ), zoals het stellen van zekerheid, de verschuldigdheid van invorderingsrente en de administratieve verplichting (§ 2.2.D t/m F). Tot slot wordt nagegaan of er betere alternatieven denkbaar waren dan de huidige wet waarbij getoetst wordt aan de criteria voor goede wetgeving en het Nederlandse vestigingsklimaat (§ 3). Deze bijdrage wordt besloten met een conclusie (§ 4).

## 2. De Wet uitstel van betaling exitheffingen

### 2.1. Algemeen

In reactie op het National Grid-arrest diende de Nederlandse wetgeving te voorzien in een mogelijkheid van uitstel van betaling van de eindafrekening in de vennootschapsbelasting die werd vastgesteld indien de feitelijke leiding van een naar Nederlands recht opgerichte BV naar een andere jurisdictie van de EU werd verplaatst. Daartoe is art. 25a van de Invorderingswet 1990 (hierna: Inv. Wet) geïntroduceerd. Zoals hiervoor is aangegeven, is een onverkorte eindafrekening in

3 Zie voor een kritische beschouwing van dit arrest, E.C.C.M. Kemmeren, 'The Netherlands: Infringement Procedure on Exit Taxes on Business (C-301/11)', in: ECJ-Recent Developments in Direct Taxation 2011, Series on International Tax Law, Linde Verlag, 2012, p. 183-222; aant. Redactie Vakstudie, V-N 2011/67.8; S.C.W. Douma, annotatie BNB 2012/40; H.P.A.M. van Arendonk, 'National Grid Indus: een salomonsoordeel van het HvJ?', MBB 2012, nr. 5, p. 179-193; G.C.F. van Gelder en B. Niels, National Grid Indus: een zegen voor verplaatsing van vennootschappen binnen de EU?, WFR 2012/490; R. de Graaff en A. de Haan, 'National Grid vs. N: verenigbaar of niet?', WFR 2012/612; H.T.P.M. van den Hurk, J.J. van den Broek en J.J.A.M. Korving, 'Fiscale eindafrekening voor vennootschappen: zetelverplaatsing, zekerheidstelling en step-ups', WFR 2012/601 en P.J. Wattel, 'Carrying on discriminating', NJB 2011/2248.

4 HvJ 31 januari 2013, zaak C-301/11, Commissie/Nederland.

5 Zie HvJ 6 september 2012, zaak C-38/10, Commissie/Portugal en HvJ 12 juli 2012, zaak C-269/09, Commissie/ Spanje (besproken door M.V. Lambooi, 'Exitheffing: particulier vs. Onderneming: zoek de verschillen', NTFR Beschouwingen 2013/3).

de winstfeer EU-rechtelijk niet toegestaan waardoor de belastingaanslag weliswaar mag worden vastgesteld maar de belastingplichtige de keuze moet worden geboden de invordering daarvan uit te stellen tot het moment van realisatie. De wet geeft daaraan invulling en biedt daarnaast nog een andere mogelijkheid, i.e. betaling van de belastingaanslag in tien termijnen (zie § 2.3). Op de diverse mogelijkheden die bestaan indien niet wordt geopteerd voor een directe afrekening (wat in feite een voortzetting was van het reeds bestaande stelsel dat ook het voorwerp uitmaakte van het National Grid-arrest) en de daaraan verbonden voorwaarden wordt hierna ingegaan.

2.2. *Uitstel van betaling van exitheffing tot realisatie (art. 25a, lid 1, Inv. Wet)*

A. Het object dat in aanmerking komt voor uitstel van betaling van exitheffing: eindafrekeningswinst

Art. 25a, lid 1, Inv. Wet bevat de voorwaarden waaronder de invordering van de eindafrekeningswinst kan worden uitgesteld tot het moment van realisatie. Art. 25a, lid 1, Inv. Wet geeft een omschrijving van de belasting die kan worden uitgesteld welk uitstel uiteraard afhankelijk is van de aard van de winst. Het dient in ieder geval om een vorm van eindafrekeningswinst te gaan. Art. 25a, lid 1, Inv. Wet definieert een dergelijke vorm van eindafrekeningswinst als voordelen ter zake van vermogensbestanddelen die bij een belastingschuldige bij het vaststellen van de belastingaanslag in aanmerking zijn genomen terwijl ze niet in aanmerking zouden zijn genomen indien de belastingschuldige in Nederland zou zijn gebleven. Belastinguitstel kan dan worden verkregen voor het deel van de belastingaanslag dat betrekking heeft op de belasting die verschuldigd is over stille reserves die besloten zijn in de vermogensbestanddelen die vanuit Nederland naar een andere lidstaat van de EU of de EER worden overgebracht.<sup>6</sup> De fiscale reserves (zoals een herinvesteringsreserve in de zin van art. 3.54 Wet IB 2001 juncto art. 8 Wet Vpb 1969)<sup>7</sup> vallen ten tijde van het vertrek van de belastingschuldige (of op het moment van de tot eindafrekeningswinst leidende overdracht) vrij ten bate van de winst (de belaste vrijval maakt deel uit van de aangifte en van de daarop gebaseerde aanslag).<sup>8</sup> Deze voordelen zouden immers niet in de belastingaanslag van de belastingschuldige zijn begrepen ingeval deze niet was vertrokken. Voor het gedeelte van de belastingaanslag dat ook was opgelegd ingeval de belastingschuldige onverkort in Nederland was gebleven,<sup>9</sup> wordt geen uitstel van betaling

<sup>6</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 2.

<sup>7</sup> Zie voor een aantal eindafrekeningswinstsituaties met betrekking tot de herinvesteringsreserve, H. Vermeulen, 'Ontwikkelingen bij de grensoverschrijdende herinvesteringsreserve', NTFR 2013/1257, meer in het bijzonder onderdeel 2.3 (p. 3) en onderdeel 3.3 (p. 5) inzake herinvestering in buitenlandse onroerende zaken door een beperkte binnenlandse belastingplichtige of een buitenlandse belastingplichtige. Vgl. tevens MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 5 en HR 22 maart 2013, nr. 11/05599, V-N 2013/15.12.

<sup>8</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 4 en MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 4.

<sup>9</sup> Een vergelijkbare zinsnede is overigens opgenomen in art. 25a, lid 1, Inv. Wet: "...voor belastingaanslagen voor

verleend. Dit gedeelte van de belastingaanslag ziet met name op de zogenaamde jaarwinsten.<sup>10</sup>

B. Handelingen en transacties die in aanmerking komen voor uitstel van betaling van exitheffing

B.1. Inkomstenbelasting; emigraties

Art. 25a, lid 1, Inv. Wet geldt niet alleen voor de vennootschapsbelasting maar ook voor de inkomstenbelasting (box 1; belastbaar inkomen uit werk en woning). Dientengevolge kan een natuurlijke persoon die winst uit onderneming (art. 3.2 en art. 3.3. Wet IB 2001) of resultaat uit overige werkzaamheden (art. 3.90 Wet IB 2001) geniet en die emigreert naar een kwalificerende staat (waarover hierna meer) een beroep doen op art. 25a, lid 1, Inv. Wet wanneer hij die onderneming of werkzaamheid (deels) meeneemt.<sup>11</sup> Uiteraard kan ook gebruik worden gemaakt van art. 25a, lid 1, Inv. Wet indien een natuurlijke persoon in een kwalificerende staat woont en de onderneming of de werkzaamheid van Nederland naar die staat wordt verplaatst. Er kan overigens alleen een beroep op art. 25a, lid 1, Inv. Wet worden gedaan ingeval de emigratie niet leidt tot een staking van de onderneming of een beëindiging van de werkzaamheden.<sup>12</sup>

Wat betreft de inkomstenbelasting doen zich derhalve verschillen voor tussen de emigratie van een genietende van winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheden naar een lidstaat van de EU/EER enerzijds en de emigratie van een aanmerkelijk belanghouder vanuit Nederland naar een dergelijke jurisdictie anderzijds. Een en ander is overigens mede het gevolg van het feit dat het HvJ beide situaties verschillend heeft behandeld. Bij de emigratie van een aanmerkelijk belanghouder is sprake van een fictieve vervreemding (art. 4.16, lid 1, onderdeel h, Wet IB 2001) over het verschil tussen de waarde in het economische verkeer op het moment van de emigratie en de verkrijgingsprijs van de vigerende aanmerkelijk belangaandelen. Hiervoor wordt een conserverende aanslag opgelegd (art. 2.8, lid 2, Wet IB 2001). Voor een dergelijke conserverende aanslag wordt uitstel van betaling verleend voor een periode van 10 jaar (art. 25, lid 8, Inv. Wet). Indien zich gedurende deze 10-jaars periode geen verboden handeling heeft voorgedaan, zoals een vervreemding, wordt de conserverende aanslag na ommekomst daarvan kwijtschelden (art. 26, lid 2, Inv. Wet).

---

zover daarin is begrepen vennootschapsbelasting of inkomstenbelasting die betrekking heeft op voordelen ter zake van vermogensbestanddelen die bij de belastingschuldige bij het vaststellen van de belastingaanslag in aanmerking zijn genomen terwijl bij die belastingschuldige deze voordelen niet in aanmerking zouden zijn genomen ingeval deze ter zake van die vermogensbestanddelen voor de heffing van vennootschapsbelasting, onderscheidenlijk inkomstenbelasting, belastingplichtig in Nederland zou zijn gebleven.”

<sup>10</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 2 en 4.

<sup>11</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 3.

<sup>12</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 3.

Het HvJ heeft in zijn N-arrest<sup>13</sup> een conserverende aanslag die werd opgelegd bij de emigratie van een aanmerkelijk belanghouder vanuit Nederland naar het VK in overeenstemming geacht met het EU-recht (meer in het bijzonder met de in art. 49 VWEU vervatte vrijheid van vestiging). Hierbij hechtte het HvJ het nodige belang aan (i) het niet stellen van zekerheid bij de emigratie van een aanmerkelijk belanghouder, i.e. het uitstel wordt automatisch toegestaan en (ii) het rekening houden met waardeverminderingen die zich manifesteren na de emigratie naar een kwalificerende staat van de aanmerkelijk belanghouder. De sub. (i) en (ii) genoemde omstandigheden achtte het HvJ niet of minder van belang bij de emigratie van ondernemers/vennootschappen in het National Grid-arrest. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat onder omstandigheden het uitstel van betaling gekoppeld mag worden aan het stellen van zekerheid, zoals een bankgarantie (waarover hierna meer) en dat de vertrekstaat geen rekening moet houden met waardeverminderingen die na de emigratie van de ondernemer, resultaatgenieter of vennootschap optreden. De wetgever heeft ervoor gekozen dit onderscheid tussen emigraties van winst- en resultaatgenieters enerzijds en aanmerkelijk belanghouders anderzijds te handhaven.<sup>14</sup> Daarmee heeft de wetgever ervoor geopteerd slechts aan de minimale verplichtingen te voldoen die hij uit de jurisprudentie van het HvJ meent te kunnen afleiden. Vanuit het oogpunt van uniformiteit en consistentie had het veeleer voor de hand gelegen ter zake eenzelfde systeem toe te passen wat voor de emigrerende winst- en resultaatgenieters had kunnen betekenen dat ook zij met een stelsel van conserverende aanslagen zouden zijn geconfronteerd. Hierbij speelt uiteraard wel het nadeel van moeilijkere uitvoerbaarheid indien de emigratie een veelheid van vermogensbestanddelen betreft met verschillende afschrijvingsregimes. Dit zou kunnen worden ondervangen door het uitstel van betaling alleen dan te beëindigen ten aanzien van de vigerende conserverende aanslag indien sprake is van een daadwerkelijke vervreemding van een vermogensbestanddeel.

## B.2. Vennootschapsbelasting; emigraties

### *Naar vreemd recht opgerichte vennootschappen*

Voor de vennootschapsbelasting vindt art. 25a, lid 1, Inv. Wet met name toepassing als de feitelijke leiding van een vennootschap wordt verplaatst. Hierbij moet wat betreft de eindafrekening (waarop mede art. 25a Inv. Wet ziet) een onderscheid worden gemaakt tussen naar Nederlands en naar vreemd recht opgerichte vennootschappen.<sup>15</sup> Een naar vreemd recht opgerichte vennootschap (bijvoorbeeld een lichaam dat is opgericht naar vreemd recht vestigt op enig moment zijn feitelijke leiding in Nederland waardoor het binnenlands belastingplichtig wordt) dat zijn feitelijke leiding (her)verplaatst vanuit Nederland naar een andere jurisdictie onder

<sup>13</sup> HvJ 7 september 2006, zaak C-470/04, N.

<sup>14</sup> Vergelijk NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 1 en 2, MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 2 alsmede De Graaf en De Haan, t.a.p., WFR 2012/612.

<sup>15</sup> Zie ook J.W. Bellingwout, 'Zetelverplaatsing in beweging (I). Eindafrekening anno 2001', WFR 2001/277 en S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, (red. J.L. van de Streek en S.A.W.J. Strik), Kluwer, digitaal, Hoofdstuk II, § 2.10.3.

medeneming van vermogensbestanddelen wordt in alle gevallen geconfronteerd met de eindafrekening zoals die vervat is in art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969; art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 schrijft voor dat indien aan het inwonerschap van Nederland een einde komt door verplaatsing van de feitelijke leiding<sup>16</sup> afgerekend dient te worden over de vermogensbestanddelen die tegelijkertijd of al eerder zijn overgebracht naar het nieuwe vestigingsland (deze eindafrekening wordt geëffectueerd door een fictieve vervreemding aan te nemen met betrekking tot de vermogensbestanddelen die voorafgaand of tegelijkertijd met verplaatsing van de feitelijke leiding vanuit Nederland naar het buitenland zijn overgebracht).<sup>17</sup> Met andere woorden, het maakt geen verschil naar welke jurisdictie de feitelijke leiding van een dergelijke naar vreemd recht opgerichte vennootschap vanuit Nederland wordt verplaatst omdat zij alsdan niet langer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland (dat kan anders liggen bij naar Nederlands recht opgerichte lichamen, waarover hierna meer). Uiteraard is het om voor uitstel van betaling op basis van art. 25a, lid 1, Inv. Wet in aanmerking te komen wel van belang naar welke jurisdictie de feitelijke leiding van een dergelijk naar vreemd recht opgericht lichaam vanuit Nederland wordt verplaatst (zie ook hierna).

#### *Naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen*

De naar Nederlands recht opgerichte vennootschappen die hun feitelijke leiding vanuit Nederland naar het buitenland verplaatsen, kunnen eveneens geconfronteerd worden met art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969. Zulks is het geval indien het lichaam voor toepassing van de Wet Vpb 1969, een belastingverdrag, de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: “BRK”)<sup>18</sup> of de Belastingregeling voor het land Nederland (hierna: “BRN”)<sup>19</sup> geen inwoner van Nederland meer is omdat de feitelijke leiding vanuit Nederland is verhuisd. Komt aan het fiscale inwonerschap in de hiervoor genoemde gevallen een einde (voor de verplaatsing van de feitelijke leiding naar de BES-eilanden gelden overigens additionele voorwaarden), dan voorziet art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 in een eindafrekening over die vermogensbestanddelen waarvan de voordelen niet langer in Nederland mogen worden belast.<sup>20</sup> Wordt de feitelijke leiding van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap verplaatst naar een jurisdictie waarop één van de hiervoor genoemde regelingen niet van toepassing is, dan blijft zij op grond van art. 2, lid 4, Wet Vpb

16 Art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 bepaalt terzake geparafraseerd het volgende: “[i]ndien een belastingplichtige voor de toepassing van deze wet of een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting dan wel de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland niet meer wordt aangemerkt als inwoner van Nederland ....”.

17 Een vergelijkbare bepaling is opgenomen in art. 3.60 Wet IB 2001.

18 De BRK is een rijkswet (art. 14 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden) die de onderlinge fiscale betrekkingen regelt tussen Nederland (inclusief de BES-eilanden) en Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Hoewel zij naar haar inhoud grote gelijkenissen vertoont met een belastingverdrag, blijft zij een nationale wet. Echter, zij is van hogere orde dan de wetten die alleen voor de andere landen van het Koninkrijk gelden, zoals de Nederlandse belastingwetten (waaronder de Wet Vpb 1969). Vergelijk tevens HR 4 april 1990, nr. 25 934, *BNB* 1990/156.

19 De BRN beoogt dubbele belasting te voorkomen in de relatie tussen Nederland en de BES-eilanden (Bonaire, Sint Eustatius en Saba). De BRN volgt qua vormgeving het OESO-Modelverdrag waarop de meeste Nederlandse belastingverdragen eveneens zijn gebaseerd. De BRN is gegrond op art. 37 van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen en art. 8.113 Belastingwet BES. Zie ook P. Kavelaars, ‘Fiscaliteit in Caribisch Nederland’, *WFR* 2011/300 en M.C. de Graaf, ‘Voorkoming van dubbele belasting in het Koninkrijk’, *MBB* 2011 nr. 7-8, p. 334 e.v.

20 MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 32.

1969 (fictief) binnenlands belastingplichtig vanwege haar oprichting naar Nederlands recht. Nederland kan een dergelijke vennootschap onverkort in de heffing van vennootschapsbelasting betrekken (d.w.z. over haar wereldwinst), zodat de eindafrekening van art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 niet aan de orde komt en overigens ook niet nodig is. Dat laatste ligt uiteraard anders indien de BRK, de BRN of een belastingverdrag van toepassing zijn. De Nederlandse belastingverdragen volgen veelal het OESO-Modelverdrag. Ingeval van een dubbele woonplaats bij een vennootschap (in Nederland op basis van de oprichting naar Nederlands recht en in de andere staat ingevolge de feitelijke leiding die daarheen is verhuisd) voorziet art. 4, lid 3, OESO-Modelverdrag erin dat een dergelijke vennootschap voor doeleinden van het vigerende op het OESO-Modelverdrag gebaseerde belastingverdrag inwoner is van de staat waar haar feitelijke leiding kan worden gesitueerd. Art. 34, lid 2, van de BRK bevat overigens een vergelijkbare regeling in die zin dat een vennootschap die inwoner is van beide landen, voor toepassing van de BRK wordt geacht inwoner te zijn van de plaats waar haar feitelijke leiding is gelegen. In deze situaties (feitelijke leiding in een land dat met Nederland een verdrag heeft gesloten waarin een bepaling conform art. 4, lid 3, van het OESO-Modelverdrag is opgenomen of in Aruba, Sint Maarten of Curaçao) dient in ogenschouw te worden genomen dat dergelijke vennootschappen in Nederland binnenlands belastingplichtig blijven als gevolg van art. 2, lid 4, Wet Vpb 1969. Deze binnenlandse belastingplicht wordt beperkt doordat Nederland alleen die inkomens- en vermogensbestanddelen in de belastingheffing mag betrekken waarover een belastingverdrag of de BRK Nederland een heffingsrecht toewijst.<sup>21</sup> Vanwege de beperkingen die een belastingverdrag of de BRK aan Nederland oplegt wat betreft het in de belastingheffing betrekken van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap waarvan de feitelijke leiding is gelegen in een ander land, wordt ook wel gesproken van een beperkte binnenlandse belastingplichtige.<sup>22</sup>

#### *De BES-eilanden*

Voor de BES-eilanden geldt een ander belastingstelsel dan voor het Europese deel van Nederland. De BES-eilanden kennen geen winstbelasting maar in plaats daarvan een vastgoedbelasting (een forfaitaire heffing over op de BES-eilanden gelegen onroerende zaken) en een opbrengstbelasting (een heffing over winstuitdelingen van op de BES-eilanden gevestigde lichamen). Art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 speelt vooral een rol bij de opbrengstbelasting omdat ook daarvoor van belang is waar de vigerende vennootschap is gevestigd. In dat verband bevat art. 5.2, lid 1, Belastingwet BES een vestigingsplaatsfictie die meebrengt dat een lichaam waarvan de feitelijke leiding zich bevindt op de BES-eilanden voor de toepassing van de opbrengstbelasting wordt geacht te zijn gevestigd in Nederland tenzij het lichaam een vestigingsplaatsbeschikking heeft gekregen van de inspecteur waarvoor overigens relatief zware substance-eisen gelden.<sup>23</sup> Wordt niet aan

21 HR 12 maart 1980, nr. 19 180, *BNB* 1980/170 (grensamptenaren-arrest) en HR 17 februari 1993, nr. 28 260, *BNB* 1994/163.

22 Ontleend aan M. Romijn, 'Beperkte binnenlandse belastingplicht en verdragstoepassing', *FED* 1989/536.

23 Strik, t.a.p., § 2.10.3.b.III.

deze substance-eisen voldaan, dan wordt de vennootschap geacht te vallen onder de Nederlandse vennootschapsbelasting omdat zij op basis van de vestigingsplaats-fictie van art. 5.2, lid 1, Belastingwet BES wordt geacht in Nederland te zijn gevestigd. Dit laatste wordt voor de Wet Vpb 1969 bestendigd door middel van art. 2, lid 8, Wet Vpb 1969.<sup>24</sup> Hierdoor worden deze vennootschappen als binnenlandse belastingplichtigen beschouwd voor de Wet Vpb 1969 en in de vennootschapsbelasting betrokken over hun wereldwinst behoudens voor zover de vennootschap een onderneming drijft met behulp van een op de BES-eilanden gelegen vaste inrichting (art. 2.2 BRN). Overigens moet bij het vorenstaande in aanmerking worden genomen dat een vennootschap ook op basis van art. 2, lid 4, Wet Vpb 1969 binnenlands belastingplichtig van Nederland kan zijn.<sup>25</sup>

Wordt de feitelijke leiding van een niet naar Nederlands recht opgerichte vennootschap naar één van de BES-eilanden verplaatst, dan vindt art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 alleen toepassing indien wordt voldaan aan de verzwaarde substance-eisen (waardoor art. 2, lid 8, Wet Vpb 1969 niet kan bewerkstelligen dat deze vennootschap binnenlands belastingplichtig wordt voor doeleinden van de Wet Vpb 1969). Indien de feitelijke leiding van een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap (in beginsel binnenlands belastingplichtig van Nederland ingevolge art. 2, lid 4, Wet Vpb 1969) naar één van de BES-eilanden verhuist, dan kan art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 worden toegepast indien wordt voldaan aan de verzwaarde substance-eisen omdat zij voor toepassing van de BRN niet langer als inwoner van Nederland wordt aangemerkt.<sup>26</sup>

#### *Art. 15d Wet Vpb 1969*

Art. 15d wet Vpb 1969 is een voortzetting van art. 16 Wet IB 1964 dat via art. 8 Wet Vpb 1969 ook van toepassing was op onder de vennootschapsbelasting ressorterende belastingplichtigen (deze bepaling maakte ook het voorwerp uit van het National Grid-arrest).<sup>27</sup> Art. 15d Wet Vpb 1969 is de sluitpost van de eindafrekening in die zin dat alle voordelen waarover nog niet uit andere hoofde is afgerekend, moeten worden gerekend tot de winst van het boekjaar waarin de belastingplichtige ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten.<sup>28</sup> Art. 15c prevaleert boven art. 15d in welk verband art. 15d de rol van een vangnetbepaling vervult ten opzichte van art. 15c.<sup>29</sup> De meeste gevallen van verplaatsing van de werkelijke leiding van een vennootschap vanuit Nederland vallen onder art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969. Art. 15d speelt alleen een rol, daarbij abstraherende van de situatie van de BES-eilanden (waarbij art. 2, lid 4 veelal in combinatie met art. 2, lid 8, Wet Vpb 1969 door de aanvullende substance-eisen bewerkstelligt dat er

24 Art. 2, lid 8, Wet Vpb 1969 bepaalt in dit verband het volgende: “Voor de toepassing van deze wet worden op de BES eilanden gevestigde lichamen die door de toepassing van artikel 5.2 van de Belastingwet BES geacht worden niet op de BES eilanden te zijn gevestigd, geacht in Nederland te zijn gevestigd.”

25 Strik, t.a.p., § 2.10.3.b.III.

26 Strik, t.a.p., § 2.10.3.b.III.

27 Art. 3.61 Wet IB 2001 bevat voor de inkomstenbelasting een vergelijkbare bepaling.

28 Strik, t.a.p., § 2.10.4.A.

29 MvT, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 32.

sprake blijft van binnenlandse belastingplicht), indien vermogensbestanddelen op een zodanige wijze zijn overgebracht dat wordt opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten<sup>30</sup> nadat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap haar feitelijke leiding naar een jurisdictie verhuist waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten of waarop de BRK van toepassing is (op het moment waarop de feitelijke leiding wordt verplaatst, wordt over de vermogensbestanddelen die daaraan voorafgaand of tegelijkertijd daarmee naar een dergelijke jurisdictie zijn overgebracht of waarover Nederland op dat moment en als gevolg van deze verhuizing niet meer kan heffen, afgerekend op basis van art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969).<sup>31</sup>

Bij verplaatsing van de feitelijke leiding van een naar vreemd recht opgerichte vennootschap naar het buitenland, terwijl daarna vermogensbestanddelen in Nederland achterblijven, vindt daarover geen afrekening op voet van art. 15c, lid 1, Wet Vpb plaats voorover die vennootschap buitenlandse belastingplichtige blijft van Nederland (bijvoorbeeld op basis van art. 17, lid 3, onderdeel a, Wet Vpb 1969, i.e. winst uit Nederlandse onderneming ofwel een onderneming gedreven met behulp van een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger in Nederland) en een belastingverdrag of de BRK Nederland niet belemmert in deze heffingsmogelijkheden naar nationaal recht.<sup>32</sup> Bij een tussentijdse overbrenging van vermogensbestanddelen kan een afrekening reeds plaatsvinden op basis van de reguliere winstbepalingsregels die voor buitenlandse belastingplichtigen gelden. Deze regels zijn ook van toepassing indien de latere overbrenging ertoe leidt dat wordt opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten, bijvoorbeeld, doordat een in Nederland gelegen vaste inrichting wordt geliquideerd.<sup>33</sup> Desalniettemin is in art. 18, lid 1, Wet Vpb 1969 expliciet vastgelegd dat art. 15d bij de bepaling van de winst van buitenlandse belastingplichtigen in aanmerking moet worden genomen.

### B.3. Juridische fusie, juridische splitsing en bedrijfsfusie

Naast de hiervoor genoemde emigraties is er nog een aantal andere handelingen en transacties dat op basis van art. 25a, lid 1, Inv. Wet in aanmerking kan komen voor uitstel van betaling tot het moment van realisatie. Zo kan ook ingeval van een juridische fusie of splitsing of een bedrijfsfusie sprake zijn van een omstandigheid

30 Indien slechts een deel van de vermogensbestanddelen na de verplaatsing van de feitelijke leiding naar het buitenland wordt overgebracht, zonder dat de in Nederland achtergebleven ondernemingsactiviteiten worden beëindigd, speelt de vraag of art. 15d Wet Vpb 1969 partiële afrekening toestaat; zie Bellingwout, t.a.p., *WFR* 2001, p. 280 en Strik, t.a.p., § 2.10.4.B. Voor het voormalige art. 16 Wet IB 1964 (dat vergelijkbare bewoordingen bevat als art. 15d Wet Vpb 1969) heeft de Hoge Raad een dergelijke partiële afrekening inmiddels bevestigd; HR 1 maart 2013, nr. 12/01453, *BNB* 2013/94 (besproken door M.V. Lambooi, 'Exitheffing nog steeds een hot topic?', *NtFR* Beschouwingen 2013/28, p. 20 e.v.). Een verschil tussen het voormalige art. 16 Wet IB 1964 en art. 15d Wet Vpb 1969 is dat de laatste bepaling in relatie moet worden bezien met art. 15c Wet Vpb 1969. Art. 15c Wet Vpb 1969 laat een zodanige partiële eindafrekening uitdrukkelijk toe zodat betoogd kan worden dat op basis van de wetssystematiek een partiële eindafrekening niet opportuun is onder art. 15d Wet Vpb 1969; vgl. Strik, t.a.p., § 2.10.4.B. De toekomst zal moeten uitwijzen of de Hoge Raad bereid is deze argumentatie te honoreren.

31 Bellingwout, t.a.p., *WFR* 2001/277.

32 Strik, t.a.p., § 2.10.4.B.

33 Strik, t.a.p., § 2.10.4.B.



dat vermogensbestanddelen in dat kader worden overgebracht naar het buitenland. De fiscale doorschuiffaciliteiten (art. 14 Wet Vpb 1969 voor de bedrijfsfusie en art. 14a en art. 14b Wet Vpb 1969 voor respectievelijk de juridische splitsing en de juridische fusie) beperken zich tot die vermogensbestanddelen die in Nederland blijven en die onderdeel uitmaken van een vaste inrichting of een vaste inrichting in Nederland constitueren. Voor de vermogensbestanddelen die in het kader van een dergelijke fusie en splitsing naar het buitenland overgaan, moet in beginsel worden afgerekend aangezien zij niet onder de eerder vermelde faciliteiten vallen. Indien deze vermogensbestanddelen naar een kwalificerende staat verhuizen, kan evenzeer aanspraak worden gemaakt op de regeling van art. 25a, lid 1, Inv. Wet.<sup>34</sup>

#### B.4. Grensoverschrijdende omzetting

De civielrechtelijke wetgeving voorziet momenteel niet in een grensoverschrijdende omzetting.<sup>35</sup> Echter op basis van het Cartesio-arrest<sup>36</sup> en vooral het VALE-arrest<sup>37</sup> wordt betoogd dat art. 49 VWEU (de vrijheid van vestiging) nu reeds meebrengt dat een Nederlandse rechtspersoon zijn rechtsvorm kan omzetten naar het recht van een EU/EER-lidstaat, maar ook dat een EU/EER-rechtspersoon zich kan omzetten naar een Nederlandse rechtspersoon.<sup>38</sup> Tijdens de parlementaire behandeling is bevestigd dat de mogelijkheid tot uitstel van betaling waarin art. 25a, lid 1, Inv. Wet voorziet ook geldt bij de grensoverschrijdende omzetting van rechtspersonen.<sup>39</sup> Dat betekent derhalve dat bij een outboundomzetting art. 25a, lid 1, Inv. Wet kan worden toegepast indien aan de voorwaarden daarvoor is voldaan (zie ook de bijdrage van Bellingwout).<sup>40</sup>

34 MvT *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 3, p. 3 en 4 en NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7. Zie voor de vennootschapsrechtelijke aspecten terzake, W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing na het VALE-arrest, *WPNR* 2013/6981 en zijn bijdrage elders in deze bundel.

35 Het BW voorziet in art. 18 van Boek 2 in een nationaalrechtelijke omzetting, d.w.z. een omzetting naar een Nederlandse rechtsvorm waarvoor art. 28a Wet Vpb 1969 een fiscale begeleiding biedt; vergelijk echter het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 4 april 2011, nr. BLKB2011/511M, V-N 2011/32.13 waarin de staatssecretaris aangeeft bij omzettingen naar buitenlands recht van geval tot geval te beoordelen wat daarvan de fiscale consequenties zijn. Indien, bijvoorbeeld, de betreffende buitenlandse omzetting een zodanig karakter heeft dat het bestaan van de belastingplichtige niet wordt beëindigd en zijn vermogen ongewijzigd blijft, betekent dit, aldus V-N 2011/32.13, voor de vennootschapsbelasting dat een belastbaar feit ontbreekt en fiscale begeleiding niet nodig is. Dit is volgens V-N 2011/32.13 anders bij omzettingen die het bestaan van de belastingplichtige beëindigen. Deze zijn wel een belastbaar feit voor de vennootschapsbelasting. Art. 15d Wet Vpb 1969 verplicht dan immers tot eindafrekening. Indien materieel de situatie echter ongewijzigd is gebleven en enkel en alleen naar de vorm zich een verandering heeft voorgedaan, is de Staatssecretaris van Financiën niettemin op verzoek bereid een fiscaal neutrale begeleiding te bieden. Zie voor een bespreking van V-N 2011/32.13, G.C.F. van Gelder, 'De grensoverschrijdende omzetting, fiscaal al geregeld?', *WFR* 2012/1719. Er is wel een pre-wetsvoorstel van de Commissie Vennootschapsrecht (een adviesorgaan van de Minister van Justitie en Veiligheid) dat aangeeft onder welke voorwaarden en hoe de regelgeving zou moeten luiden inzake een grensoverschrijdende omzetting (<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2012/02/12/advies-commissie-vennootschapsrecht-over-grensoverschrijdende-omzetting.html>.) In aanvulling hierop kan erop worden gewezen dat een NV kan worden omgezet in een SE (*Societas Europaea*) dewelke omzetting niet plaatsvindt op voet van art. 2:18 BW maar op basis van art. 37 Verordening nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap.

36 HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio).

37 HvJ 12 juli 2012, zaak C-378/10 (Vale).

38 Zie ook E.R. Roelofs, 'Het Vale-arrest: een nieuwe stap op het gebied van grensoverschrijdende omzetting', *WPNR* 2012/6950; Van Veen, t.a.p., *WPNR* 2013/6981 en elders in deze bundel en G.C.F. van Gelder, 'De grensoverschrijdende omzetting: fiscaal nu beter geregeld?', *WFR* 2013/308.

39 NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7.

40 In dezelfde zin Van Gelder, t.a.p., *WFR* 2013/308.

B.5. De overdracht van vermogensbestanddelen van een in Nederland gelegen vaste inrichting aan een hoofdhuis in een kwalificerende staat

De “overdracht” van vermogensbestanddelen (met een stille reserve) van een in Nederland gelegen vaste inrichting aan een in een andere lidstaat van de EU of de EER gevestigd hoofdhuis (of onderneming) is, zoals hiervoor is aangegeven, onderhevig aan belastingheffing in de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting, ook zonder dat sprake is van beëindiging van een vaste inrichting. Een dergelijke eindafrekening kan ook in aanmerking komen voor het uitstel van betaling op de voet van art. 25a, lid 1, Inv. Wet.<sup>41</sup> De wetgever achtte hiervoor naar mijn mening terecht geen nadere aanpassing van art. 25a, lid 1, Inv. Wet nodig<sup>42</sup> (het gaat immers evenzeer om voordelen van vermogensbestanddelen die niet in de inkomsten- of vennootschapsbelasting zouden zijn begrepen indien de belastingschuldige in Nederland zou zijn gebleven en verbleven). Het arrest van het HvJ inzake Commissie/Portugal<sup>43</sup> biedt overigens een nadere bevestiging van het standpunt dat de belastingheffing over latente meerwaarden bij verplaatsing van vermogensbestanddelen van een vaste inrichting in Nederland naar een hoofdhuis dat is gevestigd in een lidstaat van de EU in aanmerking moet komen, naar keuze van de belastingschuldige, voor uitstel van betaling tot het moment van realisatie.<sup>44</sup>

C. Kwalificerende staat

C.1. Algemeen

Om voor uitstel van betaling in aanmerking te komen, is verder vereist dat de belastingschuldige die het verzoek doet, woont of is gevestigd in een lidstaat van de EU of een staat die partij is bij de EER. Indien, bijvoorbeeld, de feitelijke leiding van een vennootschap wordt verplaatst vanuit Nederland (2.2.A.2) of een resultaat- of winstgenieter emigreert vanuit Nederland (2.2.A.1) dan dient een dergelijke migratie derhalve plaats te vinden naar een kwalificerende staat. Als kwalificerende staten worden aangemerkt lidstaten van de EU en de EER. De vraag komt uiteraard op of deze kwalificerende landen niet onnodig beperkt worden en of het niet mogelijk was een uitbreiding te bereiken naar staten waarmee, bijvoorbeeld, een belastingverdrag is gesloten dat voorziet in uitwisseling van inlichtingen (conform art. 26 van het OESO-Modelverdrag) en bijstand bij invordering (overeenkomstig art. 27 van het OESO-Modelverdrag) of die partij zijn bij het Multilateraal Bijstandsverdrag (hierna: “WABB”)<sup>45</sup> dat ook mogelijkheden tot uitwisseling van informatie en bijstand bij invordering bevat. Alsdan zouden de diverse vormen van eindafrekeningswinst ook voor uitstel van betaling in aanmerking kunnen

<sup>41</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7.

<sup>42</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7.

<sup>43</sup> HvJ 6 september 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal), r.o. 34.

<sup>44</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7.

<sup>45</sup> Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in belastingzaken van de Raad van Europa en de OESO van 28 januari 1988 zoals aangevuld door het protocol van 27 mei 2010, Trb. 2010, 221 en 314.

komen indien de belastingschuldige inwoner is van een staat die geen lidstaat is van de EU/EER maar die onder één van de hiervoor genoemde regelingen valt. Het WABB ziet ook op de BES-eilanden en op Aruba, Sint Maarten en Curaçao (de BRK voorziet daarenboven in art. 36 in bijstand bij invordering en art. 37 in de uitwisseling van inlichtingen).<sup>46</sup>

## C.2. Positie van Caribisch Nederland en de relatie tot het EU-recht

Aangezien art. 25a, lid 1, Inv. Wet refereert aan een belastingschuldige die woont of is gevestigd in een lidstaat van de EU/EER kan hier tevens de EU-rechtelijke status van de BES-eilanden en Sint Maarten, Curaçao en Aruba aan de orde zijn.<sup>47</sup> Het Caribische gedeelte van het Koninkrijk wordt voor het VWEU aangemerkt als “landen en gebieden overzee (LGO)”.<sup>48</sup> Die LGO zijn geen onderdeel van de interne markt (deel III van het VWEU), maar in de (handels)betrekking met LGO is het associatieregime van deel IV van het VWEU (art. 198 e.v.) van toepassing. Dat associatieregime is verder vormgegeven in het zogenoemde LGO-besluit.<sup>49</sup> Volgens de preambule van het LGO-besluit zijn de LGO geen derde landen maar ze dienen wel aan bepaalde verplichtingen te voldoen die op handelsgebied met betrekking tot derde landen zijn vastgesteld.<sup>50</sup> Het gevolg van de LGO-status is dat het Caribische gedeelte van het Koninkrijk geen onderdeel is van de interne markt. Daarom kan de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) in de betrekkingen met de LGO dan ook niet worden toegepast. Het LGO-besluit dat wel van toepassing is, kent evenwel geen vestigingsvrijheid die vergelijkbaar is met die in het VWEU.<sup>51</sup> Het vrije verkeer van kapitaal ex. art. 63 VWEU, zoals dat geldt tussen de lidstaten (lees: binnen de interne markt) is evenmin op de voormalige Nederlandse Antillen van toepassing. Echter, uit de bewoordingen van art. 63 VWEU volgt dat lidstaten het vrije verkeer van kapitaal van en naar derde landen evenmin mogen belemmeren.

In het *Prunus*-arrest<sup>52</sup> is beslist dat het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten van de EU en derde landen van toepassing is op het kapitaalverkeer tussen de Britse Maagdeneilanden (LGO van het VK) en lidstaat Frankrijk. Met andere woorden de Britse Maagdeneilanden worden gezien als een derde land in relatie tot andere

<sup>46</sup> Vergelijk ook het keuzerecht voor buitenlands belastingplichtigen van art. 2.5 Wet IB waar met betrekking tot de kwalificerende staten een enigszins vergelijkbare insteek lijkt te zijn gekozen.

<sup>47</sup> Zie over deze problematiek W.W. Geursen, ‘EU-rechtelijke aspecten van de fiscale BES-wetgeving’ *MBB* 2011, nr. 7/8, p. 300 e.v.; S.R. Pancham, G.K. Fibbe en J.P. Ruiter, ‘The meaning of the association of the overseas countries and territories with the European Community for the fiscal relations between the Netherlands and Aruba’, *EC Tax Review* 2007, p. 164 e.v. en D. Smit, ‘Freedom of Investment between EU and Non-EU Member States and its Impact on Corporate Income Tax Systems within the European Union’, Diss. Tilburg University, 2011.

<sup>48</sup> Bijlage II bij het VWEU.

<sup>49</sup> Besluit van Raad van 27 november 2001 betreffende de associatie van de LGO met de Europese Gemeenschap (“LGO-besluit”), 2001/822/EG, *PbEG* L 341/1.

<sup>50</sup> Vergelijk ook HvJ 4 oktober 1979, advies 1/78, *Natuurlijk rubber* en D.M. Weber, *Cursus Belastingrecht* (Europees Belastingrecht), (red. R.P.C.M. Brandsma, K.M. Braun, S.R. Pancham en D.M. Weber), Kluwer, digitaal, Hfst. I, § 2.0.2.C.d.

<sup>51</sup> Art. 45, lid 2, sub a, van het LGO-Besluit verplicht de lidstaten alleen de GATS toe te passen.

<sup>52</sup> HvJ 5 mei 2011, zaak C-384/09 (*Prunus*).

landen dan het VK.<sup>53</sup> Een vraag die nog niet beantwoord is door het HvJ is of voor toepassing van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten van de EU en derde landen een “eigen”-LGO (zoals Caribisch Nederland dat is van Nederland) ten opzichte van het “moederland” als derde land moet worden aangemerkt of dat dit een interne situatie binnen een lidstaat is waarop de verdragsvrijheden van het VWEU niet zien. De Hoge Raad heeft hierover inmiddels een prejudiciële vraag gesteld aan het HvJ.<sup>54</sup>

De Hoge Raad is er in zijn arrest van 13 januari 2012, nr. 08/05322, BNB 2012/199 overigens veronderstellenderwijs van uitgegaan dat de vrijheid van kapitaalverkeer (art. 63 VWEU) op zichzelf beschouwd in de weg staat aan een eindafrekeningswinst in de vennootschapsbelasting op voet van art. 15c, lid 1 of art. 15d Wet Vpb 1969 bij verplaatsing van de feitelijke leiding van een BV naar de voormalige Nederlandse Antillen (stille reserve in een effectenportefeuille). Volgens de Hoge Raad brengt de standstill-bepaling (art. 64, lid 1, VWEU) mee dat de betreffende heffing geen verboden beperking van de vrijheid van kapitaalverkeer inhoudt. Op basis van de standstill-bepaling is een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal van of naar derde landen toegestaan, mits (i) deze belemmering reeds bestond op 31 december 1993 en (ii) verband houdt met een directe investering of vestiging. De regeling in art. 15c, lid 1 en 15d Wet Vpb 1969 is, aldus de Hoge Raad, op de voornaamste punten identiek aan de overeenkomstige op 31 december 1993 van kracht zijnde wettelijke regeling in art. 8, lid 1, Wet Vpb 1969 juncto art. 16 Wet IB 1964; de belanghebbende in kwestie zou onder de werking van die laatste regeling op gelijke wijze in de belastingheffing zijn betrokken. Onder verwijzing naar de relevante jurisprudentie van het HvJ<sup>55</sup> oordeelt de Hoge Raad dat om deze reden de vigerende eindafrekening geen verboden belemmering oplevert. De Hoge Raad gaat helaas niet na of de betreffende belemmering wel verband houdt met een directe investering of vestiging.<sup>56</sup> In dit verband laat de Hoge Raad in het midden of de heffing in BNB 2012/199 voortvloeit uit de zetelverplaatsing sec (art. 15c Wet Vpb 1969) of uit de overbrenging van de effectenportefeuille nadat de feitelijke leiding van de BV was verplaatst naar de voormalige Nederlandse Antillen waardoor de betreffende BV zou ophouden in Nederland belastbare winst te genieten in de zin van art. 15d Wet Vpb 1969. Van die laatste situatie ging overigens het Gerechtshof Arnhem uit in BNB 2012/199. Gezien het feit dat de vermogensbestanddelen van de betreffende BV alleen uit een effectenportefeuille bestonden, zou nog discussie kunnen ontstaan over de vraag of de eindafrekening verband houdt met vestiging of een directe investering tenminste indien Gerechtshof Arnhem zou worden gevolgd in zijn toepasbaarheid van art. 15d Wet Vpb 1969. Dat laatste valt overigens te betwijfelen aangezien de effectenportefeuille geen vaste inrichting in de zin van art. 2, lid 2, BRK (definitie

<sup>53</sup> Vgl. Weber, t.a.p., § 2.0.2.C.d.

<sup>54</sup> HR 23 december 2011, nr. 11/00483, *NTFR* 2012/22 en HR 23 december 2011, nr. 11/00453, *BNB* 2012/198, aanhangig bij het HvJ EU als zaken C-24/12 X BV en C-27/12 TBG Ltd.

<sup>55</sup> HvJ 1 juni 1999, zaak C-302/97, *Konle en HvJ* 12 december 2006, zaak C-446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*).

<sup>56</sup> Zie ook aant. Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2012/6.11.

vaste inrichting) constitueerde en evenmin tot het vermogen van een dergelijke vaste inrichting behoorde waardoor op het moment van de verplaatsing Nederland geen heffingsrecht meer had over de stille reserve in de betreffende portefeuille op basis van art. 5 BRK (winst uit onderneming). Hierdoor konden de stille reserves in de effectenportefeuille niet langer in de belastbare winst van de BV in kwestie worden betrokken als gevolg van de verplaatsing van haar feitelijke leiding zoals art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969 vereist.<sup>57</sup>

C.3. De wetgever kiest voor een beperkte uitleg van kwalificerende staat

De Staatssecretaris van Financiën heeft er evenwel voor gekozen het EU-recht en de implicaties van het National Grid-arrest zo beperkt mogelijk uit te leggen. Dat heeft ook geresulteerd in een uitsluiting van andere staten dan de lidstaten van de EU en de EER. Tijdens de parlementaire behandeling is de Staatssecretaris van Financiën gesuggereerd de regeling uit te breiden tot niet-EU/EER-staten, zoals onder meer het geval is voor de conserverende aanslagen (art. 2.8, lid 2, Wet IB 2001) die worden opgelegd bij de emigratie van aanmerkelijk belanghouders (art. 4.16, lid 1, onderdeel h, Wet IB 2001) en pensioengerechtigden (art. 3.83, lid 1, Wet IB 2001).<sup>58</sup> Voor de betreffende conserverende aanslagen wordt overigens ingevolge art. 25, lid 8, respectievelijk art. 25, lid 5, Inv. Wet uitstel van betaling verleend voor een periode van 10 jaar. Bij het uitblijven van irreguliere handelingen gedurende deze 10-jaarsperiode, wordt de conserverende aanslag na ommekomst daarvan kwijtscholden (art. 26, lid 2, Inv. Wet).

Overigens is er wat de conserverende aanslag betreft die wordt opgelegd bij de emigratie van een aanmerkelijk belanghouder, althans aangaande zekerheidstelling en automatisch uitstel, evenzeer een onderscheid al naar gelang geëmigreerd wordt naar een lidstaat van de EU of niet. Indien wordt geëmigreerd naar een lidstaat van de EU wordt automatisch uitstel van betaling verleend en behoeft geen nadere zekerheid te worden gesteld (art. 2, lid 1, onderdeel a, Uitvoeringsregeling Inv. Wet). Een en ander is overigens reeds het gevolg van de jurisprudentie van het HvJ.<sup>59</sup> Bij de emigratie van een pensioengerechtigde wordt automatisch uitstel van betaling verleend en behoeft geen zekerheid te worden gesteld indien (i) het pensioenkapitaal is ondergebracht bij een erkende in Nederland gevestigde verzekeraar of pensioenfonds (in de zin van art. 5, lid 1, onderdeel b, Wet Vpb 1969) die de pensioenverplichtingen tot zijn binnenlandse ondernemingsvermogen rekent (art. 1e, lid 2, onderdeel a, Uitvoeringsregeling Inv. Wet) of (ii) het pensioenkapitaal is ondergebracht bij een verzekeraar die is gevestigd in een andere lidstaat van de EU of de EER en die in die staat bevoegd is tot het uitoefenen van het

57 Redactie Vakstudie-Nieuws, aant. *V-N* 2012/6.11 en in navolging daarvan O.C.R. Marres, annotatie *BNB* 2012/199, punt 3 zijn overigens eveneens van mening dat in casu de eindafrekening had moeten worden gestoeld op art. 15c, lid 1, Wet Vpb 1969. Vergelijk ook MvT, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 32.

58 NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7.

59 HvJ 11 maart 2004, zaak C-9/02 (*Lasteyrie du Saillant*) en HvJ 7 september 2006, zaak C-470/04 (N.).

directe verzekeringsbedrijf (art. 1e, lid 2, onderdeel b, Uitvoeringsregeling Inv. Wet). De Hoge Raad heeft trouwens in zijn arrest van 15 april 2011, nr. 10/00990, BNB 2011/160 de modaliteiten van het N-arrest van het HvJ min of meer van overeenkomstige toepassing verklaard op de emigratieheffing bij pensioenen; de emigratieheffing mag er bij realisatie niet toe leiden dat Nederland belasting heft indien het vigerende belastingverdrag dat niet toestaat.<sup>60</sup>

Wat betreft de conserverende aanslag zelf wordt voor het overige geen onderscheid gemaakt naar de staat waar naartoe wordt geëmigreerd. In die zin heeft een daaronder ressorterende belastingplichtige altijd recht op een conserverende aanslag met het daarmee verband houdende uitstel van betaling. Voor de voorwaarden waaronder het uitstel wordt toegestaan, kan het evenwel van belang zijn naar welke jurisdictie wordt geëmigreerd. Dat is inderdaad een opvallend verschil met het stelsel dat voor eindafrekeningswinst geldt en waarvoor alleen aanspraak bestaat op de regeling van art. 25a, lid 1, Inv. Wet indien de betreffende belastingschuldige in een andere lidstaat van de EU woont of is gevestigd dan wel zijn woon- of vestigingsplaats heeft in een lidstaat van de EER. De Staatssecretaris van Financiën meent het onderscheid tussen de conserverende aanslagen enerzijds en art. 25a, lid 1, Inv. Wet anderzijds qua kwalificerende staten te kunnen rechtvaardigen door erop te wijzen dat het enige doel was de Nederlandse wetgeving in overeenstemming te brengen met het National Grid-arrest.<sup>61</sup> Hierdoor hoeft bij de eindafrekeningswinst alleen uitstel van betaling te worden toegestaan indien de belastingschuldige woont of is gevestigd in de EU/EER. Stricto sensu heeft de Staatssecretaris van Financiën uiteraard gelijk maar indien die redenering consequent wordt doorgetrokken had de conserverende aanslag ook qua kwalificerende staten een vergelijkbare beperking hebben kunnen bevatten. De wetgever heeft naar mijn mening terecht niet voor een dergelijke beperking gekozen en vanuit dat perspectief zou het ook gepast zijn geweest art. 25a, lid 1, Inv. Wet wat betreft de kwalificerende staten een ruimer toepassingsbereik te geven. Dit zou in ieder geval hebben bijgedragen aan het Nederlandse vestigingsklimaat waarvoor een goede uitreisregeling van belang kan worden geacht. Dienaangaande zou verder het keuzerecht van art. 2.5 Wet IB 2001 ook als een nader precedent in dit verband kunnen worden gezien.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Vgl. F.P.G. Pötgens, 'Conserverende aanslag pensioen (niet) akkoord', *NTFR Beschouwingen*, 2011/23, p. 15-20.

<sup>61</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 7.

<sup>62</sup> Blijkens art. 2.5, lid 1, Wet IB 2001 kan de keuze worden uitgebracht, althans wat betreft de buitenlandse belastingplichtigen, indien zij inwoner zijn van een andere lidstaat van de Europese Unie of van een bij ministeriële regeling aangewezen andere mogendheid waarmee Nederland een regeling ter voorkoming van dubbele belasting is overeengekomen die voorziet in de uitwisseling van inlichtingen. Volgens art. 3 Uitvoeringsregeling Inkomstenbelasting 2001 gaat het hierbij om alle mogendheden waarmee Nederland een regeling ter voorkoming van dubbele belasting is overeengekomen waarvan de bepalingen van toepassing zijn. Alle Nederlandse belastingverdragen bevatten een inlichtingenuitwisseling-bepaling. Tot 1 januari 2012 was de enige uitzondering het voormalige belastingverdrag met Zwitserland (1951) dat niet in uitwisseling van informatie voorzag waardoor een inwoner van Zwitserland voor 1 januari 2012 niet kon opteren voor behandeling als binnenlandse belastingplichtige ingevolge art. 2.5 Wet IB 2001. Op 26 februari 2010 hebben Nederland en

## D. Zekerheidstelling

### D.1. Algemeen

Een van de voorwaarden waaronder uitstel van betaling ingevolge art. 25a, lid 1, Inv. Wet kan worden verkregen is dat zekerheid wordt gesteld. Hierbij is volgens de Staatssecretaris van Financiën van belang dat de zekerheid op eenvoudige wijze kan worden gesteld, bewaakt en uitgewonnen. Vanuit dat perspectief geniet een bankgarantie volgens de Staatssecretaris van Financiën dan ook de voorkeur omdat zij een eenvoudig uit te winnen zekerheid is. Echter, de zekerheidstelling kan ook op een andere wijze plaatsvinden, bijvoorbeeld, door het vestigen van een hypotheekrecht op onroerende zaken. Een en ander is, aldus de Staatssecretaris van Financiën, afhankelijk van het geval.<sup>63</sup> Per geval zal dan worden beoordeeld wat de verhaalsmogelijkheden zijn die aanwezig zijn en wat het invorderingsrisico is dat de ontvanger loopt.<sup>64</sup> Als uitgangspunt hierbij geldt volgens de Staatssecretaris van Financiën dat de ontvanger steeds op basis van het beginsel van de minste pijn voor de belastingschuldige de snelste en de minst kostbare weg zal verkiezen.<sup>65</sup>

In aanvulling hierop geeft de Staatssecretaris van Financiën aan dat de ontvanger ruimte heeft rekening te houden met de omstandigheden van het geval, zowel wat betreft de hoogte als ook de vorm van zekerheid die wordt gevraagd.<sup>66</sup> Een en ander is in beginsel een zelfstandige en discretionaire bevoegdheid van de ontvanger. Dit laatste heeft nadere invulling gekregen in de wijziging van de Leidraad Invordering 2008.<sup>67</sup> De ontvanger bepaalt dan ook bij het verlenen van uitstel van betaling voor exitheffingen of en tot welk bedrag zekerheid moet worden gesteld.<sup>68</sup> De hoogte van de zekerheid hoeft alsdan niet in alle gevallen gelijk te zijn aan het bedrag van de exitheffing. Naarmate het invorderingsrisico voor de ontvanger groter is, zal de mate waarin zekerheid wordt verlangd eveneens

---

Zwitserland een nieuw belastingverdrag ondertekend dat op 1 januari 2012 in werking is getreden; art. 26 van het huidige belastingverdrag met Zwitserland bevat een bepaling die wel voorziet in uitwisseling van informatie (zie voor een bespreking van dit verdrag, M. Kleine Kalvenhaar, 'Het nieuwe Verdrag Nederland-Zwitserland in vogelvlucht', *WFR* 2010, p. 623 e.v.). Dientengevolge, kan een inwoner van Zwitserland vanaf 1 januari 2012 de betreffende optie voor behandeling als binnenlandse belastingplichtige wel uitbrengen. Overigens kan een inwoner van Aruba, Sint Maarten of Curaçao de keuze voor behandeling als binnenlandse belastingplichtige op basis van art. 2.5 Wet IB 2001 eveneens maken aangezien zij als een afzonderlijke mogendheid worden aangemerkt voor doeleinden van de Wet IB 2001 (art. 1.6 Wet IB 2001; de landen van het Koninkrijk der Nederlanden worden aangemerkt als afzonderlijke mogendheden voor doeleinden van de Wet IB 2001). Bovendien kan de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna "BRK") als een regeling ter voorkoming van dubbele belasting worden beschouwd die daarenboven voorziet in de uitwisseling van inlichtingen (art. 37 BRK). Voor de goede orde kan er op worden gewezen dat het Belastingplan 2014 voorstel het keuzerecht van art. 2.5 Wet IB 2011 per 1 januari 2015 te laten vervangen door een (eenvoudigere) regeling voor kwalificerende buitenlandse belastingplichtigen (art. 8.7 Wet IB 2001).

63 MvT, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 3, p. 5.

64 MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 2.

65 MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 2.

66 Nadere MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, E, p. 4.

67 Zoals gewijzigd bij Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 26 juni 2013, nr. BLKB2013/1158M, *I/-N* 2013/32.27.

68 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 26 juni 2013, nr. BLKB2013/1158M, *V-N* 2013/32.27, Artikel I, onderdeel E

toenemen.<sup>69</sup> Als factoren die van invloed kunnen zijn op de omvang van de te stellen zekerheid noemt de Leidraad Invordering 2008:<sup>70</sup>

- de verwachte duur van het uitstel: hoe langer het uitstel duurt, des te groter het invorderingsrisico;
- het fiscale gedrag van de ondernemer in kwestie: is aan de aangifte- en betalingsverplichtingen voldaan;
- de aard van de activa van de onderneming (bijvoorbeeld, makkelijk verplaatsbare en dus risicovolle activa, zoals octrooien en vorderingen<sup>71</sup>).

De Staatssecretaris van Financiën meent dat voor het vereiste van zekerheidsstelling afdoende basis is te vinden in het National Grid-arrest.<sup>72</sup> Een en ander is, naar kan worden aangenomen, gebaseerd op r.o. 74 van het National Grid-arrest die als volgt luidt:

“Er moet echter ook rekening worden gehouden met het risico van niet-invordering van de heffing, dat stijgt naarmate de tijd verstrijkt. Met dit risico kan door de betrokken lidstaat rekening worden gehouden in het kader van de toepasselijke nationale regelgeving inzake uitgestelde betaling van belastingschulden, door maatregelen als het stellen van een bankgarantie.”<sup>73</sup>

## D.2. Reactie literatuur en A-G

In de literatuur is overigens de vraag gesteld of uit r.o. 74 van het National Grid-arrest kan worden afgeleid dat, zoals de Staatssecretaris van Financiën doet, inderdaad een dergelijke zekerheidsstelling kan worden geleverd aangezien het HvJ zulks alleen toestaat “in het kader van de toepasselijke nationale regelgeving inzake uitgestelde betaling van belastingschulden”. Dit zou er op kunnen duiden dat de bankgarantie alleen kan worden geëist als de algemene regel is dat uitstel van betaling van een belastingschuld slechts wordt verleend indien een bankgarantie wordt gesteld.<sup>74</sup> Nederland kent een dergelijke algemene regel niet.<sup>75</sup>

Daarenboven is in de literatuur opgemerkt dat uit het National Grid Indus-arrest volgt dat het stellen van een bankgarantie mag worden geëist mits dit niet op een discriminerende of belemmerende wijze geschiedt hetgeen zou inhouden dat een bankgarantie evenmin mag worden gevraagd als dit ook niet gebeurt in

<sup>69</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 26 juni 2013, nr. BLKB2013/1158M, V-N 2013/32.27, Artikel 1, onderdeel E.

<sup>70</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 26 juni 2013, nr. BLKB2013/1158M, V-N 2013/32.27, Artikel 1, onderdeel E.

<sup>71</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 26 juni 2013, nr. BLKB2013/1158M, V-N 2013/32.27, Artikel 1, onderdeel E, toelichting.

<sup>72</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 2; MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 2 en Nadere MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, E, p. 4.

<sup>73</sup> Onderstrepingen FP.

<sup>74</sup> Vergelijk S.W.C. Douma, annotatie, *BNB* 2012/40.

<sup>75</sup> Zie ook Douma, t.a.p. onderdeel 6.3 en in navolging daarvan H. Van den Broek en G. Meussen, ‘National Grid Indus Case: Re-thinking Exit Taxation’, *European Taxation*, 2012, nr. 4, onderdeel 6.4, alsmede J.J. van den Broek, ‘Wetsvoorstel Uitstel van betaling exitheffingen’, *WFR* 2012/916, onderdeel 6.3.



binnenlandse verhoudingen.<sup>76</sup> In aanvulling hierop heeft het HvJ in het National Grid-arrest gewezen op de Invorderingsrichtlijn<sup>77</sup> die uiteraard de mogelijkheid biedt een belastingschuld in een andere lidstaat van de EU in te vorderen.<sup>78</sup>

A-G Mengozzi in zijn conclusie bij het arrest van het HvJ inzake Commissie/Portugal<sup>79</sup> is van mening dat het vereiste van het stellen van een bankgarantie strikt dient te worden uitgelegd en toegepast (mede in het licht van een mogelijke belemmerende werking die een dergelijke bankgarantie kan hebben). Zodoende kan zij enkel gevraagd worden bij een werkelijk en ernstig risico dat de belastingschuld niet wordt geëind. De overwegingen van de A-G luiden als volgt:

“79. Ik herinner er overigens aan dat het Hof in zijn arresten de Lasteyrie du Saillant<sup>80</sup> en N<sup>81</sup> heeft geoordeeld dat de verplichting tot zekerheidstelling voor natuurlijke personen die hun fiscale woonplaats naar een andere lidstaat verplaatsen, als voorwaarde voor uitstel van betaling van de heffing over de latente meerwaarden in roerende waarden onevenredig is aan de door de lidstaten nagestreefde doelstellingen van algemeen belang.<sup>82</sup> In het arrest N heeft het Hof gepreciseerd dat er middelen zijn die de fundamentele vrijheden minder beperken, zoals de op Unie-niveau ingevoerde regelingen van wederzijdse bijstand, in het bijzonder inzake de invordering van belastingvorderingen.<sup>83</sup>

80. Dat het Hof in punt 74 van het arrest National Grid Indus deze regelingen niet ter sprake heeft gebracht, betekent mijns inziens evenwel niet dat de lidstaten een vrijgeleidebrief hebben gekregen om een maatregel (uitgestelde betaling met bankgarantie) te nemen waarvan de gevolgen even restrictief kunnen zijn als de maatregel (onmiddellijke betaling) die het Hof in de vorige punten van dat arrest als een onevenredige beperking van de vrijheid van vestiging heeft beschouwd.

81. Tot behoud van zowel de interne samenhang van de redenering van het Hof in het arrest National Grid Indus als de externe samenhang ervan met de rechtspraak de Lasteyrie du Saillant en N moet mijns inziens het vereiste van de bankgarantie bij keuze voor uitgestelde invordering van de belastingschuld bijgevolg strikt worden uitgelegd.

82. Ik deel op dit punt in wezen het standpunt van de Commissie en de Deense regering dat een dergelijke garantie slechts kan worden geëist bij een werkelijk en ernstig risico

<sup>76</sup> Zie Van den Broek en Meusen, t.a.p., onderdeel 6.4 en Van den Broek, t.a.p., onderdeel 6.3.

<sup>77</sup> Inmiddels betreft dit Richtlijn 2010/24/EU van 16 maart 2010 van de Raad betreffende de wederzijdse bijstand inzake de invordering van schuldvorderingen die voortvloeien uit belastingen, rechten en andere maatregelen, PbEU 2010, L 84/1; zie ook NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 8.

<sup>78</sup> Zie r.o. 78 van het National Grid-arrest, alsmede Douma, t.a.p., onderdeel 6.3 en Van den Broek, t.a.p., onderdeel 6.3.

<sup>79</sup> Conclusie van 28 juni 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal).

<sup>80</sup> Arrest van 11 maart 2004 (C-9/02, Jurispr., p. I-2409, punten 47, 56 en 57).

<sup>81</sup> Arrest van 7 september 2006 (C-470/04, Jurispr., p. I-7409, punt 51).

<sup>82</sup> In de zaak de Lasteyrie du Saillant eiste de Franse belastingdienst garanties in de vorm van een overschrijving op een wachtrekening van het ministerie van Financiën, schuldvorderingen op het ministerie van Financiën, borgstelling, effecten, een ten gunste van het ministerie van Financiën geëndosseerde warrant op goederen die zich in een door de Staat officieel erkende opslagplaats bevinden, hypotheekstelling en pandverlening op handelszaken. In de zaak N bestond de garantie in door de belastingplichtige in onderpand gegeven aandelen in een van zijn vennootschappen.

<sup>83</sup> Arrest N, reeds aangehaald (punten 51-53).

dat de belastingschuld niet wordt geïnd. Anders dan de Franse regering op de schriftelijke vraag van het Hof heeft geantwoord en ter terechtzitting heeft aangevoerd, kan het bedrag van de vereiste bankgarantie volgens mij bovendien niet gelijk zijn aan het bedrag van de belastingschuld waarvan de betaling is uitgesteld, want anders wordt de facto een even restrictieve maatregel als de onmiddellijke betaling van de heffing bij zetelverplaatsing opnieuw ingevoerd. Deze garantie moet afhankelijk van de omstandigheden van elk afzonderlijk geval niettemin voldoende hoog zijn.<sup>84</sup>

### D.3. Nadere reactie jurisprudentie

De kritiek in de literatuur en met name de zienswijze van A-G Mengozzi dat het vereiste van het stellen van een bankgarantie restrictief moet worden uitgelegd en toegepast waarbij zij slechts kan worden geëist bij een werkelijk en ernstig risico dat de belastingschuld niet wordt geïnd en daarenboven mag zij niet gelijk zijn aan het bedrag van de belastingschuld waarvan de betaling is uitgesteld, vindt (vooralsnog) geen weerklank in de tot op heden gewezen jurisprudentie.<sup>85</sup>

Hoewel het vereiste van het stellen van een bankgarantie, zo blijkt onder meer uit de conclusie van de A-G, het onderwerp is geweest van een levendige discussie tijdens de terechtzitting in het kader van het reeds eerder aangehaalde arrest van het HvJ inzake Commissie/Portugal<sup>86</sup> heeft het HvJ zich daarover in dat arrest niet nader uitgelaten (en er was evenmin een absolute noodzaak zich daarover uit te spreken<sup>87</sup>).<sup>88</sup>

Het EVA-Hof (het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie)<sup>89</sup> lijkt overigens in het Arcade Drilling-arrest<sup>90</sup> (met betrekking tot een Noorse exitheffing bestaande uit een liquidatie ingeval de feitelijke leiding vanuit Noorwegen naar een andere jurisdictie wordt verplaatst) de visie van A-G Mengozzi te onderschrijven wat betreft de zekerheidsstelling.<sup>91</sup> Het EVA-Hof oordeelt in het Arcade Drilling-arrest dat in het geval dat er een reëel en bewezen risico bestaat dat de belastingschuld te zijner tijd niet zal kunnen worden ingevorderd, de Noorse autoriteiten mogen

<sup>84</sup> Onderstrepingen FP.

<sup>85</sup> H. van den Broek, 'The 2013 Netherlands Act on Deferral of Exit Taxation', *European Taxation* 2013, nr. 4, onderdeel 6.4 meent echter dat het niet uitgesloten is dat het HvJ de visie van A-G Mengozzi zal volgen indien het HvJ gevraagd wordt zich daarover expliciet uit te laten.

<sup>86</sup> HvJ 6 september 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal).

<sup>87</sup> Conclusie van A-G Mengozzi van 28 juni 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal), punt 70.

<sup>88</sup> Dat geldt ook voor de na het National Grid-arrest door het HvJ gewezen jurisprudentie op het terrein van exitheffingen, zoals HvJ 12 juli 2012, zaak C-269/09 (Commissie/Spanje) (Spaanse belastingmaatregel voor emigranten) en HvJ 31 januari 2013, zaak C-301/11 (Commissie/Nederland) waarin het HvJ enkel concludeerde dat Nederland zijn wetgeving op het gebied van eindafrekening in de winstfeer niet tijdig had aangepast. Het HvJ heeft deze procedure niet aangegrepen het verschaffen van zekerheden en het in rekening brengen van invorderingsrente nader te verduidelijken (vgl. aant. Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2013/9.9).

<sup>89</sup> Het EVA-Hof is bevoegd zich uit te spreken over de mogelijke strijdigheid van nationale regelgeving van IJsland, Liechtenstein en Noorwegen met de bepalingen in de EER-overeenkomst.

<sup>90</sup> EVA-Hof 3 oktober 2012, zaak E-15/11 (Arcade Drilling SA).

<sup>91</sup> Zie. aant. Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2012/51.17. Nadere MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, E, p. 3 en 4 gaat ook in op het Arcade Drilling-arrest maar de reactie beperkt zich in feite tot de vaststelling dat Nederland niet gebonden is aan uitspraken van het EVA-Hof maar enkel de jurisprudentie van het HvJ in dezen dient te respecteren.

overgaan tot het nemen van “certain measures”.<sup>92</sup> Of een dergelijk risico bestaat, is afhankelijk van “the nature and extent of the company’s tax positions”.<sup>93</sup> Deze nogal cryptische overwegingen zouden zodanig kunnen worden uitgelegd dat verplichte zekerheidstelling in specifieke gevallen, zoals in het geval van liquidatie, niet nodig zou zijn voor zover de aandeelhouders aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de belastingschulden van de geliquideerde vennootschap.<sup>94</sup> Het EVA-Hof verwoordt een en ander in r.o. 105 van het Arcade Drilling-arrest als volgt, waarin de nodige gelijkenis kan worden onderkend met de visie van A-G Mengozzi:

“However, account should also be taken of the risk of non-recovery of the tax, which increases with the passage of time. That risk may be taken into account by the EEA State in question through measures such as the provision of a bank guarantee (see, to that effect, *National Grid Indus*, cited above, paragraph 74). In relation to the particular circumstances regarding the liquidation of a company, a bank guarantee might even be unnecessary if the risk of non-recovery is covered by the personal liability of shareholders for outstanding tax debts of the company.”<sup>95</sup>

Het Gerechtshof Amsterdam heeft zich in zijn vervolguitspraak van het National Grid-arrest (na ontvangst van de antwoorden op de eerder gestelde prejudiciële vragen)<sup>96</sup> slechts globaal uitgesproken over het stellen van een bankgarantie. De uiteindelijke beoordeling kwam volgens het Gerechtshof toe aan de civiele rechter die bevoegd is voor het invorderingstraject.<sup>97</sup> In zijn globale oordeel merkte het Gerechtshof op dat indien verzocht wordt om uitstel van betaling ter zake van het gedeelte van de belastingschuld dat betrekking heeft op de exitheffing dat het door de belastingschuldige doen stellen van een bankgarantie in beginsel niet in strijd is met art. 49 VWEU. Het Gerechtshof verwijst in dat verband naar r.o. 74 van het National Grid-arrest waarin het HvJ een bankgarantie heeft geopperd teneinde rekening te houden met het risico van niet-invordering welk risico stijgt naarmate de tijd verstrijkt. Zodoende kan, aldus het Gerechtshof, niet geoordeeld worden dat het verlangen door de ontvanger van zekerheden in een eindafrekeningswinstsituatie op voorhand in strijd is met het EU-recht.<sup>98</sup>

#### D.4. Tussenconclusie

Het vorenstaande geeft naar mijn mening voldoende gelegenheid anders met het vragen van zekerheden in een eindafrekeningswinstsituatie om te gaan dan de wetgever thans lijkt te doen. Zo had er voor gekozen kunnen worden meer aansluiting te zoeken bij het N-arrest (ook al zou betoogd kunnen worden dat

92 EVA-Hof 3 oktober 2012, zaak E-15/11 (*Arcade Drilling SA*), r.o. 101; “*In this regard, the national authorities may take certain measures in order to secure the eventual payment of the amount of tax, provided that there is a genuine and proven risk of non-recovery.*”

93 EVA-Hof, 3 oktober 2012, zaak E-15/11 (*Arcade Drilling SA*), r.o. 103.

94 Zie. aant. Redactie Vakstudie-Nieuws, *V-N* 2012/51.17.

95 Onderstrepingen FP.

96 Gerechtshof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, *V-N* 2012/46.19.

97 Gerechtshof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, *V-N* 2012/46.19, r.o. 4.11.17.

98 Gerechtshof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, *V-N* 2012/46.19, r.o. 4.11.16.

situaties die begrepen worden onder het National Grid-arrest hier stricto sensu van af mogen wijken hetgeen een nadere bevestiging vindt in de uitspraak van Gerechtshof Amsterdam) zodat er qua wetgeving de nodige uniformiteit wordt bereikt tussen de emigratie van een ondernemer, een resultaatgenieter of een vennootschap enerzijds en de emigratie van een aanmerkelijk belanghouder anderzijds. Daarenboven kan betoogd worden dat, ook al wordt vastgehouden aan het stellen van een bankgarantie, daarbij de gedachtegang van A-G Mengozzi en, naar kan worden aangenomen, van het EVA-Hof in het Arcade Drilling-arrest tot uitgangspunt zou moeten worden genomen. Alsdan zou per geval moeten worden nagegaan wat de eventuele betalingsrisico's zijn en wat het bedrag is waarvoor de bankgarantie moet worden gesteld waarbij tevens deze risico's worden meegewogen.<sup>99</sup> Hoewel de gewijzigde Leidraad Invordering 2008 hieraan in zekere mate tegemoet komt doordat de ontvanger per geval mag bepalen wat de invorderingsrisico's zijn en of en voor welk bedrag zekerheid moet worden gesteld, is het af te wachten hoe hij hiermee om zal gaan in de praktijk.<sup>100</sup>

#### E. Invorderingsrente

##### E.1. Algemeen

De verschuldigdheid van invorderingsrente is geen voorwaarde voor het verzoek van uitstel van betaling van de vigerende exitheffing maar wel een rechtstreeks gevolg daarvan. De Staatssecretaris van Financiën is van mening dat voor de belastingschuldige over het bedrag waarvoor uitstel van betaling wordt verleend invorderingsrente is verschuldigd. Dit zou, aldus de Staatssecretaris van Financiën, in overeenstemming zijn met andere gevallen waarin uitstel van betaling wordt verkregen.<sup>101</sup> De Staatssecretaris van Financiën meent dat voor de verschuldigdheid van invorderingsrente ingeval bij een exitheffing om uitstel van betaling wordt verzocht voldoende basis is te vinden in de jurisprudentie van het HvJ en meer in het bijzonder in het National Grid-arrest.<sup>102</sup> Hiertoe verwijst de Staatssecretaris van Financiën naar r.o. 73 van het National Grid-arrest waarin het HvJ het volgende bepaalde:

“In die omstandigheden zou een nationale regeling die de vennootschap die haar feitelijke bestuurszetel naar een andere lidstaat verplaatst, de keuze biedt tussen, enerzijds, de onmiddellijke betaling van het bedrag van de heffing, hetgeen tot een liquiditeitsnadeel zou leiden maar haar zou vrijstellen van latere administratieve lasten, en, anderzijds, de uitgestelde betaling van het bedrag van genoemde heffing, in voorkomend geval inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling,

<sup>99</sup> Een enigszins vergelijkbare benadering lijkt het VK te willen volgen, zo blijkt uit een consultatiedocument van de HM Treasury en de HM Revenue & Customs van december 2012; vgl. tevens Nadere MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, E, p. 2 en 3.

<sup>100</sup> Zie ook de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 november 2012, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 10, p. 6 waarin hij aangeeft dat de ontvanger naar een maximale zekerheidstelling moet streven teneinde het invorderingsrisico te minimaliseren. Vgl. tevens Lambooi, *NTFR Beschouwingen* 2013/28, t.a.p., p. 25.

<sup>101</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 2.

<sup>102</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 2.

hetgeen voor de betrokken vennootschap noodzakelijkerwijs gepaard gaat met een administratieve last in verband met de monitoring van de verplaatste activa, een maatregel vormen die, als maatregel die geschikt is om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen, minder zou ingrijpen in de vrijheid van vestiging dan de maatregel die in het hoofdgeding aan de orde is. In het geval waarin een vennootschap meent dat de met de uitgestelde invordering verbonden lasten buitensporig zijn, zou zij immers voor onmiddellijke betaling van de heffing kunnen kiezen.”

De Staatssecretaris van Financiën is van mening dat op basis van deze overweging invorderingsrente in rekening mag worden gebracht bij een verzoek tot uitstel van betaling van exitheffing en dat de Nederlandse wetgeving hierin voorziet. De Staatssecretaris van Financiën meent dat uit r.o. 73 kan worden afgeleid dat het in rekening brengen van invorderingsrente bij een eindafrekeningstransactie waarbij de belastingschuldige in een kwalificerende staat resideert geen ongerechtvaardigd onderscheid oplevert ten opzichte van een binnenlandse belastingplichtige die dezelfde transactie entameert.<sup>103</sup>

De vereiste nationale wettelijke basis is volgens de Staatssecretaris van Financiën gelegen in art. 28, lid 1, Inv. Wet omdat hieruit voortvloeit dat bij het verlenen van uitstel van betaling voor een belastingaanslag invorderingsrente in rekening wordt gebracht. Zodoende is het volgens de Staatssecretaris van Financiën in overeenstemming met de toepasselijke nationale regelgeving dat invorderingsrente in rekening wordt gebracht bij het verlenen van uitstel van betaling voor de in de belastingaanslag begrepen exitheffing.<sup>104</sup>

Verder gaat de Staatssecretaris van Financiën in, naar aanleiding van een vraag van de Tweede Kamer, op de verschuldigdheid van invorderingsrente indien uitstel van betaling wordt verzocht in vergelijking met het onmiddellijk voldoen van de belasting over de exitheffing hetgeen gefinancierd wordt met een lening waarover rente is verschuldigd. Een element van deze vergelijking is dat de markrente die in de laatste situatie verschuldigd is, lager kan zijn dan de invorderingsrente zodat de vraag opkomt of de verschuldigdheid van invorderingsrente vanuit dat perspectief niet te ver gaat. Volgens de Staatssecretaris van Financiën laten beide situaties zich in concreto moeilijk vergelijken.<sup>105</sup> Dit geldt met name voor de rentepercentages omdat het, aldus de Staatssecretaris van Financiën, niet in alle gevallen mogelijk zal zijn voor een belastingplichtige een lening te krijgen voor het betalen van de exitheffing. Een verzoek om uitstel van betaling daarentegen kan altijd gedaan

---

<sup>103</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 4. De Staatssecretaris van Financiën meent een nadere bevestiging van zijn visie te kunnen ontleen aan HvJ 6 september 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal); zie MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 2.

<sup>104</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 4 en 5.

<sup>105</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 5. Hierbij wordt verwezen naar Gerechtshof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, V-N 2012/46.19 (waarover hierna meer).

worden en zal ook altijd worden gehonoreerd worden indien aan de voorwaarden wordt voldaan.<sup>106</sup>

In de Nota naar Aanleiding van het Verslag geeft de Staatssecretaris van Financiën als een ander verschil met het sluiten van een reguliere lening om de exitheffing direct te voldoen aan dat de invorderingsrente pas na het beëindigen van het uitstel van betaling hoeft te worden betaald en derhalve niet, zoals bij het afsluiten van een lening het geval zal zijn, tussentijds betaald hoeft te worden.<sup>107</sup> Met andere woorden er bestaat ook aanspraak op uitstel van betaling van de verschuldigde invorderingsrente tot het moment van realisatie. In een later stadium van de parlementaire behandeling komt de Staatssecretaris van Financiën terug op zijn uitspraak dat de invorderingsrente eveneens kan worden uitgesteld tot het moment van realisatie. Hij is van mening dat de invorderingsrente jaarlijks verschuldigd is hetgeen hij baseert op art. 34 van de Uitv. reg. Inv. Wet.<sup>108</sup> Ingevolge deze bepaling kan de ontvanger bedingen dat de in rekening te brengen invorderingsrente jaarlijks wordt betaald indien het uitstel van betaling een periode omvat die drie jaren of langer duurt.<sup>109</sup> De regeling van art. 34 van de Uitv. reg. Inv. Wet zal door de ontvanger worden toegepast indien ter zake van eindafrekeningswinst uitstel van betaling wordt gevraagd.<sup>110</sup>

## E.2. Reactie literatuur en A-G

De kritiek vanuit de literatuur komt er met name op neer dat anders dan in de parlementaire behandeling is uiteengezet, de nationale regeling, in casu art. 28 Inv. Wet (zoals r.o. 73 van het National Grid-arrest vereist) niet voorziet in verschuldigdheid van invorderingsrente voor gevallen van uitstel van betaling in verband met eindafrekening over de winst.<sup>111</sup> Bovendien wordt het National Grid-arrest zodanig opgevat dat de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU) meebrengt dat intra-unitaire zetelverplaatsingen op dezelfde wijze dienen te worden behandeld als binnenlandse zetelverplaatsingen; aangezien bij de laatsten geen invorderingsrente is verschuldigd, mag dat bij de eersten ook niet worden geleverd.<sup>112</sup> Deze visie wordt niet onderschreven door A-G Mengozzi in zijn conclusie bij het arrest van het HvJ inzake Commissie/Portugal:<sup>113</sup>

“73. Terwijl de Portugese regering en de meeste interveniërende regeringen in wezen aanvoeren dat deze vereisten moeten gelden in alle gevallen waarin wordt gekozen voor uitgestelde betaling, is volgens de Commissie de inning van verdragingsrente intrinsiek

<sup>106</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 5.

<sup>107</sup> NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 5.

<sup>108</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 november 2012, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 10, p. 6.

<sup>109</sup> Art. 34 Uitv. reg. Inv. Wet behelst een afwijking van de in art. 29 neergelegde hoofdregel, d.w.z. de in rekening te brengen invorderingsrente wordt berekend over iedere betaling afzonderlijk.

<sup>110</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 november 2012, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 10, p. 6.

<sup>111</sup> Douma, t.a.p., onderdeel 6.4.

<sup>112</sup> Van den Broek, *WFR* 2012/919, t.a.p., onderdeel 7; Van den Hurk, Van den Broek en Korving, *WFR* 2012/602, t.a.p., onderdeel 3.2.

<sup>113</sup> Conclusie van 28 juni 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal).

discriminerend<sup>114</sup> daar de ingezetenen belastingplichtigen pas achteraf en renteloos belasting moeten betalen, en kan een bankgarantie, zoals de Deense regering stelt, slechts bij een werkelijk en aangetoond risico van niet-invordering van de heffing worden verlangd.

74. Los van het semantische debat dat ter terechtzitting tussen met name de Duitse regering en de Commissie is gerezen over de kwalificatie van de rente, waarbij eerstgenoemde sprak over verzuim- of terugvorderingsrente en de kwalificatie door laatstgenoemde betwistte merk ik op dat een aantal lidstaten soms als “vertragingsrente” gekwalificeerde rente toepast op het bedrag van belastingvorderingen jegens hun belastingplichtigen, ook wanneer de betaling van de belastingschuld mag worden uitgesteld.<sup>115</sup> Zonder dat ik er zeker van ben, is dit, denk ik, de situatie waarop de nadere precisering van het Hof in punt 73 van het arrest National Grid Indus ziet.

75. De kritiek van de Commissie op de discriminerende aard van een dergelijk vereiste kan volgens mij niet slagen.<sup>116</sup>

76. In een binnenlandse situatie van zetelverplaatsing wordt een dergelijke rente namelijk niet gevorderd om de eenvoudige reden dat het bedrag van de belastingschuld pas wordt vastgesteld en dus pas eisbaar wordt op het tijdstip dat de meerwaarden werkelijk worden gerealiseerd.<sup>117</sup> Op dat tijdstip moet de belastingschuld worden betaald zonder dat in de regel uitstel van betaling wordt verleend.<sup>118</sup> Aangezien het de lidstaten in een grensoverschrijdende situatie is toegestaan, zoals is geoordeeld in het arrest National Grid Indus, het bedrag van de eisbare belastingschuld voor de latente meerwaarden in de activa van een vennootschap die haar zetel naar een andere lidstaat verplaatst, vast te stellen op het tijdstip van deze verplaatsing, kan in geval van uitstel van effectieve betaling de rente over dat bedrag daarentegen worden gelijkgesteld met rente die verschuldigd is over een aan deze vennootschap verleend krediet.

77. Wanneer volgens de algemeen geldende nationale regeling van een lidstaat inzake de invordering van belastingvorderingen rente moet worden betaald bij keuze voor uitstel van betaling,<sup>119</sup> is er overeenkomstig het equivalentiebeginsel bijgevolg geen enkele objectieve reden om deze regel niet toe te passen op de situatie van een vennootschap die haar zetel naar een lidstaat verplaatst en waarvan de belastingschuld op het tijdstip van deze verplaatsing is vastgesteld in de lidstaat van vertrek.”

De A-G is derhalve van mening dat de vrijheid van vestiging niet in de weg staat aan het in rekening brengen van invorderingsrente (dat is inherent aan het feit dat

<sup>114</sup> Onderstreping FP.

<sup>115</sup> Zie met name art. 1727, IV van de Franse code général des impôts; art. 6 van het Luxemburgse règlement grand-ducal du 28 décembre 1968 portant exécution des articles 155 et 178 de la loi concernant l’impôt sur le revenu. Zie ook art. 414 van het Belgische wetboek van de inkomstenbelastingen, dat van toepassing is op de uitgestelde betaling van belasting, en art. 234 van de Duitse Abgabenordnung van 1 oktober 2002.

<sup>116</sup> Onderstreping FP.

<sup>117</sup> Onderstreping FP.

<sup>118</sup> Indien de lidstaat de betrokken vennootschap niettemin de mogelijkheid van uitstel van belastingbetaling biedt en zijn nationale regeling inzake de invordering van belastingen voorziet in rente, moet deze rente worden toegepast.

<sup>119</sup> Onderstreping FP.

het National Grid-arrest toestaat bij emigratie van een vennootschap de eindafrekeningswinst en de daarmee verband houdende belastingschuld vast te stellen terwijl dat voor binnenlandse verhuizingen niet het geval is) maar hij benadrukt wel dat er een algemeen geldende nationale regeling moet zijn die bij een keuze voor uitstel van betaling voorziet in de verschuldigdheid van invorderingsrente.

Verder is uit r.o. 73 van het National Grid-arrest afgeleid (de vertrekstaat dient de keuze te bieden tussen, onder andere, “de uitgestelde betaling van het bedrag van de genoemde heffing, in voorkomend geval inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling”) dat de uitgestelde betaling niet alleen ziet op een uitstel van betaling van het bedrag aan belasting bestaande uit de eigenlijke exitheffing-component maar dat het uitstel ook de rentecomponent dient te omvatten.<sup>120</sup> De Staatssecretaris van Financiën was die mening aanvankelijk eveneens toegedaan maar heeft uiteindelijk aangegeven dat indien uitstel van betaling wordt verzocht op voet van art. 25a, lid 1, Inv. Wet jaarlijks invorderingsrente moet worden voldaan zolang dat uitstel loopt. Daarenboven kan r.o. 73, in weerwil van de andersluidende opvatting van de A-G, nog steeds zodanig opgevat worden dat een niet art. 49 VWEU belemmerende toepassing van de verschuldigdheid van invorderingsrente meebrengt dat zodanige rente pas verschuldigd wordt vanaf het moment waarop ook in binnenlandse situaties bij thuisblijvers een dergelijke rente verschuldigd zou zijn, i.e. vanaf het moment dat aan de thuisblijver een invorderbare aanslag na realisatie zou zijn opgelegd.<sup>121</sup>

Het in rekening brengen van invorderingsrente is enkel toegestaan indien zulks in overeenstemming kan worden geacht met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU).<sup>122</sup> Dit laatste is evenwel niet het geval indien de in rekening te brengen invorderingsrente een hoger percentage hanteert dan wanneer de belastingschuldige zou opteren voor een onmiddellijke betaling van de exit tax en voor de financiering daarvan een lening zou aangaan.<sup>123</sup> De Staatssecretaris van Financiën heeft evenwel aangegeven dat deze situaties niet vergelijkbaar zijn aangezien bij een keuze voor onmiddellijke betaling het niet in alle gevallen mogelijk zal zijn een lening te krijgen. Hiermee gaat hij echter voorbij aan de meer fundamentele opmerking dat het verschuldigd zijn van een hoger rentepercentage indien uitstel van betaling wordt verzocht als gevolg van art. 25a lid 1 Wet Inv. in andere situaties tot een schending van art. 49 VWEU leidt.

### E.3. Nadere reactie jurisprudentie

Het HvJ is in de na het National Grid-arrest verschenen jurisprudentie niet nader ingegaan op de verschuldigdheid van invorderingsrente ingeval om uitstel van

<sup>120</sup> In dezelfde zin Kemmeren, t.a.p., onderdeel VI.5.2 en Lambooi, 2012, t.a.p., p. 17.

<sup>121</sup> Zie ook het standpunt van de Europese Commissie zoals weergegeven in de Conclusie van A-G Mengozzi van 28 juni 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal) en Lambooi, 2012, t.a.p., p. 17.

<sup>122</sup> In dezelfde zin Kemmeren, t.a.p., onderdeel VI.5.2 en Van den Broek en Meussen, t.a.p., European Taxation, onderdeel 6.4.

<sup>123</sup> Kemmeren, t.a.p., onderdeel VI.5.2.



betaling van belasting over de eindafrekeningswinst wordt verzocht. Het HvJ heeft zich hierover evenmin uitgesproken in zijn arrest inzake Commissie/Portugal<sup>124</sup> en ook niet in de overige arresten die betrekking hadden op exitheffingen zoals die gewezen zijn na het National Grid-arrest.<sup>125</sup>

Het Gerechtshof Amsterdam heeft in zijn vervolguitspraak van het National Grid-arrest<sup>126</sup> beslist dat uit r.o. 73 van het National Grid-arrest volgt dat het niet in strijd is met het Unierecht invorderingsrente in rekening te brengen indien uitstel van betaling van de exitheffing wordt verzocht tenminste indien het nationale recht daarin voorziet. Het Gerechtshof is van mening dat art. 28, lid 1, Inv. Wet een dergelijke basis biedt. Het Gerechtshof voegt hier wel aan toe dat de invorderingsrente die betrekking heeft op de exitheffing waarvoor uitstel van betaling is verleend, eerst na het beëindigen van dat uitstel in rekening wordt gebracht. Tot slot stelt het Gerechtshof dat een verschil in percentage tussen de invorderingsrente enerzijds en de markrente anderzijds indien voor de financiering van een onmiddellijke betaling van de exitheffing een lening zou worden gesloten, niet afdoet aan het principe dat invorderingsrente in de eerste situatie in rekening mag worden gebracht. In dit verband merkt het Hof nog op dat het in een concreet geval niet eenvoudig zal zijn die percentages op een aanvaardbare manier met elkaar te vergelijken.

#### E.4. Tussenconclusie

Hoewel voor de verschuldigdheid van invorderingsrente de nodige steun kan worden gevonden in de uitspraak van Gerechtshof Amsterdam en de conclusie van A-G Mengozzi, zou het mijn voorkeur hebben verdiend indien zulks zou zijn toegepast op een zodanige wijze dat het geen nadere belemmeringen oproept van de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU). Dergelijke belemmeringen zijn nog steeds voorhanden, onder meer, vanwege het in voorkomende gevallen hogere rentepercentage dan geldt voor de marktrente. In ieder geval dient en met inachtneming van de vrijheid van vestiging, zo oordeelt ook Gerechtshof Amsterdam, uitstel van verschuldigdheid van de invorderingsrente te worden toegestaan tot het moment dat de exitheffing daadwerkelijk betaald dient te worden.

<sup>124</sup> HvJ 6 september 2012, zaak C-38/10 (Commissie/Portugal).

<sup>125</sup> Vgl. HvJ 12 juli 2012, zaak C-269/09 (Commissie/Spanje) (Spaanse belastingmaatregel voor emigranten) en HvJ 31 januari 2013, zaak C-301/11 (Commissie/Nederland) (hierin concludeerde het HvJ enkel dat Nederland zijn wetgeving op het gebied van eindafrekening in de winstfeer niet tijdig had aangepast). Het EVA-Hof, 3 oktober 2012, zaak E-15/11 (Arcade Drilling SA), r.o. 103 vermeldt enkel dat een verzoek om uitstel van betaling “could possibly entail interest in accordance with the applicable national legislation, which necessarily involves an administrative burden for the company in connection with tracing the relocated assets.”.

<sup>126</sup> Gerechtshof Amsterdam 31 mei 2012, nr. 08/00135bis, *V-N* 2012/46.19.

## F. Verzwaarde administratieverplichting

### F.1. Algemeen

Indien een belastingsschuldige in aanmerking wenst te komen voor uitstel van betaling dient hij aan administratieve verplichtingen te voldoen die de ontvanger in staat moeten stellen te beoordelen of er zich een realisatiemoment heeft voorgedaan dat tot beëindiging van het uitstel van betaling moet leiden. Art. 25a, lid 1, Inv. Wet geeft aan dat deze verplichtingen in een ministeriële regeling worden neergelegd. Inmiddels is de Uitv. reg. Inv. Wet aangepast<sup>127</sup> doordat daaraan art. 6d is toegevoegd. In deze bepaling kunnen de voorwaarden worden teruggevonden die aan de administratieverplichting gesteld worden en die deels ook al vermeld waren in de parlementaire behandeling van art. 25a Inv. Wet.<sup>128</sup> Als gevolg van art. 6d, lid 1, Uitv. reg. Inv. Wet wordt het uitstel van betaling verleend onder de voorwaarde dat bij het verzoek daartoe aan de hand van schriftelijke bescheiden het bedrag aannemelijk wordt gemaakt van de voordelen, bedoeld in artikel 25a, lid 1, Inv. Wet. Een en ander moet het voor de ontvanger duidelijk maken op welke voordelen en vermogensbestanddelen het bedrag van de belastingaanslag waarvoor het uitstel van betaling wordt gevraagd betrekking heeft.<sup>129</sup> Daarenboven moet de belastingsschuldige, op grond van art. 6d, lid 2, Uitv. reg. Inv. Wet, gedurende de periode dat het uitstel van betaling loopt, elk jaar – te rekenen vanaf het moment waarop het uitstel wordt verleend – schriftelijke bescheiden overleggen waarmee aannemelijk wordt gemaakt dat de voordelen, bedoeld in art. 25a, lid 1, Inv. Wet, (nog) niet in aanmerking zouden zijn genomen indien de belastingsschuldige belastingplichtig in Nederland zou zijn gebleven (er heeft zich derhalve geen realisatie voorgedaan). Indien de belastingsschuldige dat aannemelijk maakt, wordt het uitstel van betaling voortgezet. Voor zover uit de bescheiden blijkt dat van een realisatie wel sprake is, wordt het uitstel van betaling beëindigd.<sup>130</sup>

Ten aanzien van de schriftelijke bescheiden die overgelegd moeten worden, kan gedacht worden aan een naar Nederlandse maatstaven opgestelde fiscale balans en verlies- en winstrekening waarop de vermogensbestanddelen staan die ten grondslag liggen aan het deel van de belastingaanslag waarvoor het uitstel van betaling is verleend. Indien de schriftelijke bescheiden niet jaarlijks overgelegd worden, wordt niet voldaan aan de bij ministeriële regeling gestelde regels met betrekking tot het uitstel van betaling en wordt, conform, art. 25a, lid 2, onderdeel b, Inv. Wet, het uitstel van betaling beëindigd.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> Als gevolg van de Ministeriële regeling van 10 juni 2013, nr. DB2013-301M, *V-N* 2013/33.3, art. XVII.

<sup>128</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/13, 33 262, nr. 3, p. 2 en p. 4 en NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 9.

<sup>129</sup> Ministeriële regeling van 10 juni 2013, nr. DB2013-301M, *V-N* 2013/33.3, Toelichting, art. XVII, onderdeel c.

<sup>130</sup> Ministeriële regeling van 10 juni 2013, nr. DB2013-301M, *V-N* 2013/33.3, Toelichting, art. XVII, onderdeel c en MvT, *Kamerstukken II*, 2011/13, 33 262, nr. 3, p. 2.

<sup>131</sup> Ministeriële regeling van 10 juni 2013, nr. DB2013-301M, *V-N* 2013/33.3, Toelichting, art. XVII, onderdeel c; en MvT, *Kamerstukken II*, 2011/13, 33 262, nr. 3, p. 5.

## F.2. Relatie met het EU-recht

Indien de hiervoor genoemde administratieverplichting nader wordt beschouwd, dan kan zij neerkomen op een nagenoeg gehele Nederlandse aangifteplicht, d.w.z. jaarlijks een op de Nederlandse fiscale regelgeving gebaseerde fiscale balans en winst- en verliesrekening. In voorkomende gevallen kan een belastingschuldige door deze administratieve voorwaarden verplicht zijn dubbele jaarstukken op te maken, i.e. zowel naar het recht van de lidstaat van immigratie als naar het recht van Nederland.<sup>132</sup> Dit lijkt op gespannen voet te staan met het Futura-arrest van het HvJ<sup>133</sup> waarin zwaardere fiscale boekhoudverplichtingen voor een vaste inrichting (een Frans hoofdhuis met een vaste inrichting in Luxemburg moet naast zijn eigen boekhouding in Frankrijk een separate boekhouding aanhouden voor de vaste inrichting conform de daarvoor geldende Luxemburgse regels) niet in overeenstemming werden geacht met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU).<sup>134</sup>

Bovendien lijkt het vereiste een fiscale balans en winst- en verliesrekening op te stellen en te overleggen disproportioneel en evenmin noodzakelijk omdat niet alle verstrekte gegevens nodig zijn om vast te stellen of zich naar Nederlandse maatstaven een realisatie heeft voorgedaan.<sup>135</sup> Het National Grid-arrest staat toe dat van de vennootschap een jaarlijkse verklaring kan worden gevraagd waaruit blijkt dat zij nog steeds in het bezit is van het verplaatste vermogensbestanddeel en een nadere en additionele verklaring op het moment van vervreemding.<sup>136</sup> De bijstands- en invorderingsrichtlijn bieden verder voldoende waarborgen het waarheidsgehalte van deze verklaringen te controleren en waar nodig handelend op te treden.<sup>137</sup> Vanuit dat perspectief bezien gaan de verplichtingen van art. 6d, lid 2, Uitv. reg. Inv. Wet (veel) verder dan noodzakelijk is.<sup>138</sup>

## 2.3. Beëindiging uitstel van betaling (art. 25a, lid 2, Inv. Wet)

Art. 25a, lid 2, Inv. Wet geeft aan in welke situaties het uitstel van betaling dat is verleend op de voet van art. 25a, lid 1, Inv. Wet wordt beëindigd. Dit doet zich voor in de volgende situaties:

- de belastingschuldige is geen inwoner meer van één van de EU/EER lidstaten (art. 25a, lid 2, onderdeel a, Inv. Wet), bijvoorbeeld in bepaalde gevallen van

<sup>132</sup> In dezelfde zin P.J. te Boekhorst, 'Wetsvoorstel Uitstel van betaling extheffingen', *FTV* 2012/12, p. 59.

<sup>133</sup> HvJ 15 mei 1997, zaak C-250/95 (Futura). Zie ook Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet uitstel van betaling extheffingen d.d. 21 juni 2012, p. 3.

<sup>134</sup> De Staatssecretaris van Financiën is in NV, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 5, p. 9 van mening dat de administratieverplichting in overeenstemming is met het Futura-arrest zonder een nadere deugdelijke onderbouwing te verstrekken; zie ook het Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Wet uitstel van betaling extheffingen d.d. 21 juni 2012, p. 3.

<sup>135</sup> Bovendien kunnen bij het vereiste dat de realisatie naar Nederlandse maatstaven moet worden beoordeeld de nodige vraagtekens worden gezet; zie ook de bijdrage van Bellingwout aan deze bundel.

<sup>136</sup> Zie r.o. 66 (standpunt van de Europese Commissie) in verbinding met r.o. 71 van het National Grid-arrest.

<sup>137</sup> Vgl. r.o. 78 van het National Grid-arrest.

<sup>138</sup> Zie ook Van den Broek, *WFR* 2012/916, t.a.p., onderdeel 5.

- dooremigratie naar landen buiten de EU/EER,<sup>139</sup> bij een vervolgfusie of – splitsing met een vennootschap uit een buiten de EU/EER gesitueerde jurisdictie<sup>140</sup> of bij een faillissement van de belastingschuldige;<sup>141</sup>
- er wordt niet meer voldaan aan de administratieverplichting van 6d Uitv. reg. Inv. Wet (art. 25a, lid 2, onderdeel b, Inv. Wet; zie ook § 2.2.F.1);
  - de zekerheid die wordt gesteld is niet meer voldoende (art. 25a, lid 2, onderdeel c, Inv. Wet juncto de recent gewijzigde Leidraad Invordering 2008; vgl. ook § 2.2.D.1);
  - de voordelen waarvoor het uitstel aan de belastingschuldige is verleend, zouden in aanmerking zijn genomen indien hij belastingplichtige in Nederland zou zijn geweest, d.w.z. er doet zich een realisatie voor naar Nederlandse fiscale maatstaven, zoals bijv. bij (i) een volledig afgeschreven activum dat nog steeds inkomsten genereert waardoor sprake is van realisatie van de stille reserves<sup>142</sup> of (ii) een fiscale reserve, zoals een herinvesteringsreserve die door het verschil in afschrijving op basis van de boekwaarde en de waarde in het economische verkeer van het vervangende bedrijfsmiddel dan wel door vervreemding daarvan uiteindelijk zal worden gerealiseerd<sup>143</sup> (art. 25a, lid 2, onderdeel d, Inv. Wet).

#### 2.4. *Betaling in 10 termijnen (art. 25a, lid 3, Inv. Wet)*

Op basis van art. 25a, lid 3, Inv. Wet kan de belastingschuldige ervoor kiezen het bedrag waarvoor uitstel van betaling is verkregen ingevolge art. 25a, lid 1, Inv. Wet te betalen in 10 gelijke jaarlijkse termijnen. De eerste termijn vervalt 1 maand nadat de aanslag is opgelegd en de volgende termijnen telkens 1 jaar later (art. 25a, lid 3, Inv. Wet). Indien aldus uitstel van betaling wordt verleend, zal de ontvanger dit, zo volgt uit art. 25a, lid 3, Inv. Wet telkens aan het eind van een jaar verminderen met een bedrag ter grootte van een tiende deel van het oorspronkelijke bedrag waarvoor uitstel van betaling was verleend.<sup>144</sup>

Bij deze keuzemogelijkheid is de daadwerkelijke realisatie van de stille reserves dus niet van belang. Voor een betaling van de exitheffing in 10 gelijke jaarlijkse termijnen bepaalt art. 6d, lid 3, Uitv. reg. Inv. Wet dat lid 2 van die bepaling niet van toepassing is. Dit betekent dat gedurende het uitstel van betaling niet jaarlijks schriftelijke bescheiden hoeven te worden overgelegd waarmee aannemelijk wordt gemaakt dat de voordelen, bedoeld in artikel 25a, lid 1, Inv. Wet, (nog) niet zijn gerealiseerd.<sup>145</sup> Wel dient voldaan te worden aan de overige in art. 6d Uitv.reg. Inv.

<sup>139</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 5.

<sup>140</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 5.

<sup>141</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 5.

<sup>142</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 6 en MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 3.

<sup>143</sup> MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 262, nr. 3, p. 6 en MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 3.

<sup>144</sup> Ministeriële regeling van 10 juni 2013, nr. DB2013-301M, *V-N* 2013/33.3, Toelichting, art. XVII, onderdeel c.

<sup>145</sup> Ministeriële regeling van 10 juni 2013, nr. DB2013-301M, *V-N* 2013/33.3, Toelichting, art. XVII, onderdeel c.

Wet en in art. 25a Inv. Wet opgenomen voorwaarden (waaronder het inwonerschap en de vestiging binnen de EU/EER).<sup>146</sup>

Het voordeel van de betaling van de exitheffing in 10 jaarlijkse termijnen in vergelijking met uitstel op basis van art. 25a, lid 1, Inv. Wet is dat niet voldaan moet worden aan de administratieverplichtingen bestaande uit het overleggen van een jaarlijkse fiscale winst- en verliesrekening en fiscale balans e.d. De vraag die opkomt, is of de zwaardere administratieve vereisten die voor de uitstelvariant van art. 25a, lid 1, Inv. Wet gelden niet zodanig belastend zijn voor belastingschuldigen dat die in strijd zijn met het EU-recht, met name met het proportionaliteitsvereiste. Vanuit dat perspectief lijkt de betaling in 10 jaarlijkse termijnen aantrekkelijker dan de uitstelvariant van art. 25a, lid 1, Inv. Wet.<sup>147</sup>

### 3. Alternatieven

#### 3.1. Algemeen

Hiervoor is aangegeven dat de wetgever met art. 25a Inv. Wet een op sommige onderdelen behoorlijk extensieve interpretatie heeft opgezocht van vooral het National Grid-arrest. Hierbij kunnen niet alleen de nodige vraagtekens worden gezet vanuit EU-rechtelijk perspectief maar het zal waarschijnlijk ook tot nieuwe procedures leiden. Tijdens de parlementaire behandeling is een beperkt aantal alternatieven genoemd.

De motie Omzigt/De Vries heeft bepleit het uitstel van betaling bij exitheffingen te beperken in de tijd. De Staatssecretaris van Financiën heeft in dat kader toegezegd een dergelijke beperking in de tijd te bepleiten tijdens de mondelinge behandeling van de inbreukprocedure die de Europese Commissie tegen Nederland is begonnen omdat naar haar mening de exitheffingen in de winstfeer onverenigbaar waren met het EU-recht.<sup>148</sup> In het naar aanleiding van de betreffende inbreukprocedure gewezen arrest van 31 januari 2013, zaak C-301/11, Commissie/Nederland heeft het HvJ zich echter niet nader uitgelaten over de hiervoor genoemde beperking in de tijd. Uiteindelijk heeft Nederland het betreffende pleidooi gehouden tijdens de mondelinge behandeling van het arrest van het HvJ van 12 juli 2012, zaak C-269/09, Commissie/Spanje<sup>149</sup> waarin het evenmin hierop ingaat. Blijkbaar bestond van de zijde van de Staatssecretaris van Financiën de vrees dat een beperking in de tijd van het uitstel van betaling van de exitheffing voor het HvJ

<sup>146</sup> Uit art. 6, lid 4, Uitv.reg. Inv. Wet volgt dat een belastingschuldige onverwijld schriftelijk melding moet doen aan de ontvanger, ingeval hij niet meer woont of is gevestigd in een lidstaat van de EU of de EER. Het niet langer wonen of gevestigd zijn in een EU-lidstaat of EER-lidstaat is grond voor beëindiging van het uitstel van betaling en dient daarom aan de ontvanger schriftelijk gemeld te worden; vgl. de ministeriële regeling van 10 juni 2013, nr. DB2013-301M, *V-N* 2013/33.3, Toelichting, art. XVII, onderdeel c.

<sup>147</sup> Redactie Vakstudie Nieuws, *V-N* 2013/33.3.

<sup>148</sup> Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 november 2012, *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 262, nr. 10, p. 5.

<sup>149</sup> *MvA*, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 5.

aanleiding zou kunnen zijn een rechtsgrond afwezig te achten voor het vragen van zekerheid waaruit kan worden afgeleid dat het blijkbaar de bedoeling was het restant van de exitheffing kwijt te schelden zoals ook het geval is bij de conserverende aanslagen (zie § 2.2.B.2).<sup>150</sup> De achtergrond van deze motie is overigens gelegen in de bezorgdheid van een deel van de Tweede Kamer dat het uitstel van betaling (te) lang zou duren (in zoverre is er niet echt sprake van een alternatief). Deze attitude illustreert naar mijn mening de onvoldoende doordachte aanpak van de problematiek van de exitheffingen in de winstsfeer.<sup>151</sup> De wetgever had een alternatief moeten formuleren waarbij hij zich mede had kunnen baseren op de criteria voor goede wetgeving (zie ook 3.2).

### 3.2. *Criteria voor goede wetgeving*

In 1991 heeft het toenmalige kabinet in de nota “Zicht op Wetgeving” een aantal algemene kwaliteitseisen geformuleerd.<sup>152</sup> Deze eisen luiden als volgt:

1. rechtmatigheid (niet in strijd met hoger recht) en verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen (waaronder de materiële rechtszekerheid);
2. doeltreffendheid en doelmatigheid;
3. subsidiariteit en evenredigheid;
4. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid;
5. onderlinge afstemming;
6. eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.<sup>153</sup>

Een en ander is na 1991 uitgewerkt in de Aanwijzingen voor de regelgeving, een regeling van de Minister-President (Minister van Algemene Zaken) gericht op zijn bewindslieden en hun ambtenaren.<sup>154</sup> Door de diverse kabinetten is de geldigheid

<sup>150</sup> Lambooy, 2012, t.a.p., p. 16.

<sup>151</sup> De Staatssecretaris van Financiën noemt enkel een aantal elementen van het systeem in het VK (alleen zekerheidstelling indien er een daadwerkelijk risico van wanbetaling bestaat; vgl. nadere MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, E, p. 2 en 3) en de systemen in Duitsland en Frankrijk (betaling in 5 termijnen zonder zekerheid en rente; MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, C, p. 5 en nadere MvA, *Kamerstukken I*, 2012/13, 33 262, E, p. 2).

<sup>152</sup> *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr. 1-2. Zie voor een analyse van de nota maar dan specifiek gericht op de fiscale wetgeving, J.A.G. van der Geld, ‘Zicht op fiscale wetgeving’, *Tilburg University Press* 1991. Zie ook de nota van de Commissie Deetman over staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing, waarin over wetgeving wordt gezegd dat de legitimatie ervan door de procedure onvoldoende is, dat ook de inhoud legitimatie moet kunnen verwerven: deze moet voldoen aan rechtsstatelijke eisen, aan eisen van effectiviteit, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, en moet vermijden dat een beroep op de rechter wordt gedaan (MvT, *Kamerstukken II*, 1990/91, 21 427, nr. 3, p. 31 en 31). Zie ook G.J. Veerman, ‘Over wetgeving’, Sdu Uitgevers, 2007, p. 165 en 166 en R.A.J. van Gestel en J.B.M. Vranken, ‘Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State getoetst aan de hand van ex post evaluaties’, Universiteit van Tilburg, 2008, p. 23 en 24.

<sup>153</sup> Deze kwaliteitseisen zijn herbevestigd in de nota “Wetgevingskwaliteit”, *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 475, nr. 2. Vergelijk ook, Veerman, t.a.p., p. 166. Zie voor de achtergronden en de historie van kwaliteitseisen die aan wetgeving worden gesteld, alsmede factoren die hierop van invloed kunnen zijn, Ph. Eijlander, ‘De betekenis van wetgeving’, in: *De overtuigende wetgever* (red. B. van Klink en W. Witteveen), W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, p. 67-69.

<sup>154</sup> Stcrt. 1991, 230; ze zijn inmiddels diverse malen aangevuld en tevens te vinden op [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl). Zie ook Veerman, t.a.p., p. 166.

van de kwaliteitseisen nadien meermalen herhaald.<sup>155</sup> Deze kwaliteitseisen kunnen en worden ook toegepast met betrekking tot belastingwetten.<sup>156</sup>

Overigens moet men voor ogen houden dat deze kwaliteitseisen elkaar niet uitsluiten. Zo hangt de eis van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid intrinsiek samen met de eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid.<sup>157</sup> De vijfde eis (onderlinge afstemming) en de zesde eis (eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid) hebben een inhoudelijke relatie.<sup>158</sup> Immers, de onderlinge afstemming van regelingen heeft een positieve invloed op eenvoud, duidelijkheid en toegankelijkheid.<sup>159</sup> Deze eisen kunnen dan worden samengenomen en zij kunnen worden omschreven als formele rechtszekerheid<sup>160</sup> (zij dienen voor de belastingplichtigen duidelijkheid te scheppen over hun rechtspositie). Met andere woorden: in dit verband kan duidelijkheid als het koepelbegrip voor onderlinge afstemming, eenvoud en duidelijkheid worden gezien. Zoals hiervoor is aangegeven, valt de materiële rechtszekerheid (onder andere, gerechtvaardigde verwachtingen) onder de eerste eis.<sup>161</sup>

Bij de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen kan ook gewezen worden op het rechtvaardigheidsbeginsel, waartoe mogelijk ook de samenhanggedachte gerekend kan worden.<sup>162</sup> In dat verband is het met het oog op de appreciatie van een exitheffing van belang of en hoe na de emigratie optredende waardeverminderingen in aanmerking worden genomen. Bij de afweging van een wettelijke regeling die uiteindelijk de voorkeur verdient, zou dan ook acht geslagen moeten worden op deze omstandigheid waardoor de vertrekstaat met na de emigratie optredende waardeverminderingen rekening zou moeten houden indien de ontvangststaat geen step-up toekent. Daarenboven zou tevens acht moeten worden geslagen op het Nederlandse vestigingsklimaat. Wat betreft het vestigingsklimaat kan worden aangenomen dat een exitheffing en de modaliteiten daarvan van belang zijn voor potentiële investeerders in Nederland (uitreisregeling).

155 Zie de nota "Wetgevingskwaliteitsbeleid", *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 475, nr. 2, de nota "Bruikbare rechtsorde", *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 10 en de nota "Vertrouwen in wetgeving", *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 731, nr. 1. Vergelijk tevens F.J. van Ommeren in: *Wetgeven – Handboek voor de centrale en decentrale overheid* (red. S.E. Zijlstra), Kluwer, 2012, p. 106. Zie voor een meer theoretische en rechtsfilosofische inkadering van deze kwaliteitseisen, J.L.M. Gribnau, 'Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving', oratie Leiden, SDU, 2008, p. 48-51.

156 Zie in het kader van de overdrachtsbelasting, A.O. Lubbers, 'Evaluatie van fiscale wetgeving', in: *De toekomst van de overdrachtsbelasting – De beginselen van behoorlijke wetgeving als toetsingskader* (red. Y.E. Gassler), Kluwer, 2007, p. 19 en 20.

157 Zie van Ommeren, t.a.p., p. 107 en S.E. Zijlstra, 'De waarde van wetgevingstechniek', *preadvies CJV*, Paris, 2012, p. 25 en 26.

158 Zijlstra, t.a.p., p. 26.

159 Zijlstra, t.a.p., p. 26.

160 S.E. Zijlstra, in: *Wetgeven – Handboek voor de centrale en decentrale overheid* (red. S.E. Zijlstra), Kluwer, 2012, p. 94 (hierna: Zijlstra/Wetgeven).

161 Zijlstra/Wetgeven, t.a.p., p. 95.

162 Vergelijk R.C.C. de Wit, 'De samenhanggedachte in het belastingrecht', Kluwer, 2005, p. 131 en 132.

### 3.3. Een aantal varianten

In een eerdere bijdrage aan een ZIFO-bundel heb ik een aantal varianten van wettelijke exitheffingen besproken en geëvalueerd,<sup>163</sup> zoals een conserverende aanslag in de winstsfeer,<sup>164</sup> de Zweedse exitheffing,<sup>165</sup> en de Oostenrijkse exitheffing.<sup>166</sup> Uiteraard is het ook denkbaar dat een oplossing wordt gekozen die wordt neergelegd in een belastingverdrag (zoals het vastleggen in een belastingverdrag van de verdeling van de latente claim tussen lidstaten d.w.z. de woonplaatsgebonden compartimentering).<sup>167</sup> Tot slot zijn alternatieven denkbaar die een meer EU-rechtelijke basis hebben, zoals het door Wattel<sup>168</sup> voorgestelde clearingsysteem dat in een richtlijn dient te worden neergelegd en op basis waarvan de overname van de latente claim tussen beide in de EU gelegen en betrokken lidstaten dwingend wordt voorgeschreven.

De Common Consolidated Corporate Tax Base die vervat is in een conceptrichtlijn van de Europese Commissie<sup>169</sup> zou overigens tot gevolg kunnen hebben dat tussen de deelnemende lidstaten de exitheffingen worden losgelaten (de CCCTB kan worden ingevoerd als slechts negen lidstaten dat accorderen; art. 20, lid 2, VWEU).<sup>170</sup>

## 4. Conclusie

Internationale of Unierechtelijke oplossingen of alternatieven voor exitheffingen hebben als voordeel dat zij de duidelijkheid, rechtszekerheid en rechtmatigheid dienen. Het is evenwel de vraag of staten hiertoe (politiek) bereid zijn. Vooralsnog is het te verwachten dat de respectieve lidstaten exitheffingen zo veel mogelijk in de nationale wetgeving willen vervatten. Nederland heeft hiervoor eveneens gekozen middels de Wet uitstel van betaling van exitheffingen. In deze bijdrage is deze wetgeving besproken en tegen het licht gehouden. Zij vormde mede een reactie op het National Grid-arrest van het HvJ. Vastgesteld is dat de wetgever hierbij de uiterste grenzen opzoekt van een mogelijke interpretatie van het HvJ. Deze attitude zal waarschijnlijk tot gevolg hebben dat nieuwe procedures over deze wetgeving zullen volgen. De wetgever had naar mijn mening alternatieven moeten

163 F.P.G. Pötgens, 'Exitheffingen; Quo vadunt?' in: *Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen. Tribuut aan Jaap Bellingwout* (ZIFO-reeks nr.6) (red. G.F. Boulogne en L.J.A. Pieterse), Kluwer, 2012, p. 155-164.

164 Zie ook F. Emmerink, 'De exitheffing in de Wet Vpb 1969. EU-rechtelijk onhoudbaar', Kluwer 2011, p. 87 e.v.

165 Voor een beschrijving van de Zweedse regeling kan worden verwezen naar J.W. Bellingwout en M. Koerts, 'Cartesio, drie jaar later...', *WFR* 2012/12, § 4.4.1; B.J.M. Terra & P.J. Wattel, 'European Tax Law', Kluwer, 2012, p. 514 en Emmerink, t.a.p., p. 91 e.v.

166 Zie Bellingwout en Koerts, t.a.p., § 4.4.2.

167 E.C. C. M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', *WFR* 2005/1613, § 8 en idem, t.a.p., § VI.3. Een aandachtspunt is uiteraard dat Nederland geen belastingverdrag met Cyprus heeft gesloten.

168 P.J. Wattel, 'Handel in exitclaims', *NTFR* 2002/303.

169 Conceptrichtlijn van 16 maart 2011, IP/11/319.

170 Zie voor enige internationale aspecten van de CCCTB: J.W. Bellingwout, 'DrieCTB – Enige internationale aspecten', *WFR* 2011/1425.



onderzoeken waarbij de kwaliteitseisen voor goede wetgeving en een gunstige impact op het vestigingsklimaat tot uitgangspunt hadden moeten worden genomen. In dat verband ben ik er overigens van uitgegaan dat het in aanmerking nemen van de waardeverminderingen in de vertrekstaat indien zij na de emigratie optreden en niet in de ontvangststaat worden meegenomen, ressorteert onder de verwerkelijking van algemene rechtsbeginselen.

Het zou, mede met het oog op het Nederlandse vestigingsklimaat, van belang zijn geweest de genoemde mogelijkheden te evalueren en uiteindelijk op te nemen in wetgeving. In zoverre verdient de Wet uitstel van betaling van exitheffingen naar mijn mening dan ook heroverweging. Een exitheffing die in de nationale wetgeving wordt vervat, zou bij voorkeur de volgende kenmerken moeten hebben:

- de verstrekstaat moet de na de emigratie optredende waardeverminderingen in aanmerking nemen indien dat niet in de ontvangststaat geschiedt (conform de Oostenrijkse exitheffing);
- uitstel van betaling moet automatisch worden toegekend zonder dat zekerheid wordt gesteld indien wordt geëmigreerd naar een lidstaat van de EU, EER of een staat waarmee een verdrag is gesloten dat voorziet in bijstand bij invordering of informatie-uitwisseling of die partij is bij het WABB (vergelijk de conserverende aanslag);
- het uitstel van betaling moet in de tijd beperkt zijn (een redelijke termijn) en het moet na ommekomst van die termijn worden kwijtgescholden (conform de Oostenrijkse exitheffing en de conserverende aanslag);
- de exitheffing moet in overeenstemming zijn met het Unierecht (waarbij niet per se de uitersten van het National Grid-arrest moeten worden opgezocht zoals de Wet uitstel van betaling exitheffingen lijkt te doen);
- er dient duidelijkheid en uniformiteit te bestaan over het begrip realisatie en de bepaling van het realisatiemoment;
- de exitheffing moet inpasbaar zijn in de bestaande Nederlandse wetgeving (aansluiten bij de conserverende aanslag in de inkomstenbelasting).

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**  
*Bestuursstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*  
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen,  
prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**  
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**  
*Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen*  
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvort,  
prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**  
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert,  
mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam,  
prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van Prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**  
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**  
*Tribuut aan Jaap Bellingwout*  
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)
7. **Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance**  
Onder redactie van prof. mr. A.F. Verdam, met bijdragen van: prof. dr. E. Lutjens,  
prof. mr. R.H. Maatman, mr. A.G. van Marwijk Kooy en mr. S.W.A.M. Visée.
8. **Postmoderne rechtsvormen**  
*Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht*  
Mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers,  
mr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. I.S. Wuisman.
9. **Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?**  
Mr. J. Jol, prof. mr. R. Vriesendorp, mr. R. Hermans en mr. K. de Vries,  
prof. mr. B. Wessels, met een inleiding van prof. mr. J.B. Huizink.
10. **Grensoverschrijdend herstructureren: Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht**  
Prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P.C.S. van der Bijl, prof. mr. J.W. Bellingwout  
en prof. mr. F.P.G. Pötgens

